VIII CONGRESO NACIONAL
DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
CHICLAYO, 24 AL 26 DE OCTUBRE DE 2018

SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

ÍNDICE

Programa…… 4

CEREMONIA DE INAUGURACIÓN

Palabras del Dr. Daniel Ulloa…….. 9

Homenaje a Pedro Morales Corralez……11

CONFERENCIA MAGISTRAL DE APERTURA

LINDA WIRTH-DOMINICÉ

Igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor…….. 15

LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EN LAS RELACIONES LABORALES

PONENCIAS OFICIALES

CECILIA L. ESPINOZA MONTOYA

Indemnización tarifada ¿única reparación por el daño sufrido con ocasión del despido? 25

ANA CECILIA CRISANTO CASTAÑEDA

La responsabilidad civil (contractual) en las relaciones laborales a la luz de la jurisprudencia casatoria en el Perú ……... 52

HECTOR CAMPOS GARCÍA

Apuntes sobre el fallido intento de incorporación de los *punitive damages* a la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales por los plenos jurisdiccionales supremos……..... 78

PONENCIAS LIBRES

OXAL VICTOR AVALOS JARA

Límites razonables al uso desmedido del lucro cesante en materia laboral para los casos de despidos injustificados.....129

DANTE ABRAHAM BOTTON GIRÓN

Los trabajadores de confianza y dirección y su protección contra el despido. Algunos apuntes a propósito del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional …….143

KAREN BUSTAMANTE ARCE

Responsabilidad civil cuasiobjetiva en los procesos judiciales de indemnización por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional: incertidumbre judicial y retos para los principales obligados…… 156

ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA

La responsabilidad civil del empleador por accidentes de trabajo en el Perú: reflexiones para una impostergable reforma.....…….178

ALFONSO YASUYOSHI HIGA GARCÍA

La responsabilidad civil en las relaciones laborales la transacción y conciliación extrajudiciales como formas de extinción de las obligaciones: criterios de validez y test de disponibilidad de derechos……..196

FIORELLA PÍA PEYRONE VILLACORTA

Apuntes sobre *mobbing* laboral: Responsabilidad civil del empleador……. 209

CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS

Comentarios a la incorporación de los daños punitivos en materia laboral por parte de la Corte Suprema……. 222

CARLOS ALBERTO QUISPE MONTESINOS

La aún no articulada ni uniforme jurisprudencia en materia de responsabilidad civil derivada de las relaciones laborales…… 242

LOS RETOS DE LA MOVILIDAD

INTERNACIONAL DE TRABAJADORES

CARLOS CORNEJO VARGAS

Los desafíos de la movilidad internacional de trabajadores…… 263

PONENCIAS LIBRES

CARLOS CADILLO ANGELES

La transformación de la gestión y solución de las negociaciones colectivas……292

MIGUEL F. CANESSA MONTEJO

El contenido de la libertad de expresión en la empresa desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos…….....308

BEATTY EGÚSQUIZA PALACIN

La protección del trabajador frente al cierre del centro de trabajo como manifestación del fraude en las transformaciones empresariales……333

JORGE LUIS MAYOR SANCHEZ

Aspectos laborales de las redes empresariales y la posición real en la identificación del empleador en las transformaciones empresariales como reto ante el futuro laboral inmediato……344

OMAR TOLEDO TORIBIO y TANIA TULA ARAUCO VIVAS

El levantamiento del velo societario en el proceso laboral peruano y el derecho comparado……358

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU

Transformaciones laborales: entre el poder de dirección, el deber de obediencia y la renuncia…… 375

ANÁLISIS DEL INFORME DE LA

COMISIÓN DE PROTECCIÓN SOCIAL

ÁLVARO VIDAL BERMÚDEZ y SERGIO VELASCO OSORIO

Lineamientos para una reforma integral de seguridad social considerando estándares internacionales de la organización internacional del trabajo…….. 393

COMISIÓN DE PROTECCIÓN SOCIAL

Conclusiones de la comisión de protección social……. 411

¿QUÉ IMPLICA LA IGUALDAD SALARIAL AL INTERIOR DE LA EMPRESA?

PONENCIAS OFICIALES

MICHAEL VIDAL SALAZAR

Apuntes sobre la igualdad salarial y su tratamiento en el ordenamiento peruano: alcances e implicancias para el empleador……418

ADRIANA VILLALBA

¿Qué implica la igualdad salarial al interior de la empresa?..... 444

PONENCIAS LIBRES

IVÁN BLUME MOORE

El nuevo reto que propone la ley de igualdad remunerativa entre varones y mujeres: tres propuestas para su interpretación y aplicación práctica…….. .450

CLAUDIA CERMEÑO DURAND

Excepciones a la igualdad salarial ¿justificación de las diferencias o situaciones excepcionales?..... 470

LUIGINO PILOTTO CARREÑO

La discriminación por razón de género……489

CARLOS EDUARDO SACO CHIPANA

Estabilidad remunerativa ante el retiro de confianza comentarios a la afectación de remuneraciones al interior de la empresa……...519

GABRIELA SALAS ZUÑIGA

Apuntes sobre el derecho a la igualdad salarial en el Perú……. 538

CONFERENCIA MAGISTRAL DE CLAUSURA

ADRIÁN TODOLÍ SIGNES

Nuevos indicios de laboralidad aplicables a las empresas que prestan servicios a través de plataformas digitales……. 561

HOMENAJE A FERNANDO ELÍAS MANTERO

Palabras del Dr. Víctor Ferro Delgado…….570

Palabras del Dr. Fernando Varela Bohórquez……... 574

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

Chiclayo, Perú
24, 24 y 26 de octubre 2018

COMISIÓN ORGANIZADORA

Mónica Pizarro Díaz
Sandro Nuñez Paz
Cesar Lengua Apolaya

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Consejo Directivo 2017-2019

Presidente	Daniel Ulloa
Vice-Presidente	Michael Vidal
Secretaria	Isabel Herrera
Pro-Secretario	César Abanto
Tesorero	Roberto Servat
Pro-Tesorero	Lidia Vilchez
Secretario de Biblioteca y Publicaciones	Roberto Matallana
Secretario de eventos y reuniones científicas	Orlando de las Cas
Secretario de relaciones internacionales	César Gonzáles

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

César Abanto Revilla
Jorge Luis Acevedo Mercado
Beatriz Regina Alva Hart
Victoria Ampuero de Fuertes
Elmer Arce Ortiz
Javier Arévalo Vela
Edgardo Sergio Balbín Torres
José Ernesto Balta Varillas
Julio César Barrenechea Calderón
Jaime Eduardo Beltrán Quiroga
Guillermo Boza Pro
Miguel Francisco Canessa Montejo
Ernesto Cárdenas Terry
Martín Alberto Carrillo Calle
Nixon Javier Castillo Montoya
Jose Ignacio Castro Otero
Paúl Cavalié Cabrera
Juan Carlos Chávez Páucar
Adolfo Ciudad Reynaud
Carlos Alberto Cornejo Vargas
Juan Carlos Cortés Carcelén
Ana Cecilia Crisanto Castañeda
Jaime Cuzquen Carnero
Orlando De las Casas de la Torre Ugarte
Víctor Mayorga Miranda
Renato Mejía Madrid
Luis Mendoza Legoas
Marlene Molero Suarez
Willy Monzón Zevallos
Pedro Gonzalo Alejandro Morales Corrales
Néstor Morales Gonzáles
Carlos Guillermo Morales Morante
Italo Román Mortola Flores
Javier Neves Mujica
Sandro Alberto Nuñez Paz
Estela Ospina Salinas
Luz Pacheco Zerga
Jelio Paredes Infanzón
Paúl Paredes Palacios
Mario Pasco Lizárraga
Luigino Pilotto Carreño
Mónica Beatriz Pizarro Diaz
Herbert Prelle Mayuri
Cesar Alfredo Puntriano Rosas
Sergio Arturo Quiñones Infante
Carlos Alberto Quispe Montesinos
José Luís Germán Ramírez-Gastón Ballón
Raúl Guillermo Saco Barrios

Alfonso De los Heros Pérez Albela
Beatty Egúzquiza Palacín
Javier Hildebrando Espinoza Escobar
Víctor Ferro Delgado
Julio Franco Perez
Leopoldo Gamarra Vilchez
Fernando García Granara
Maria Katia García Landaburu
César José Gonzáles Hunt
Orlando Gonzáles Nieves
Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger
Isabel Herrera Gonzáles Pratto
Ricardo Herrera Vásquez
Elmer Huamán Estrada
César Augusto Lengua Apolaya
Victor Malca Guaylupo
Ricardo Arturo Marcenaro Frers
Roberto Matallana Ruiz
Mauricio Matos Zegarra
Christian Sánchez Reyes
Wilfredo Sanguineti Raymond
Roberto Juan Servat Pereira de Sousa
Omar Toledo Toribio
Jorge Luis Toyama Miyagusuku
Liliana Pilar Tsuboyama Shiohama
Mauro Ugaz Olivares
Daniel Augusto Ulloa Millares
Fernando Varela Bohorquez
Alvaro Vidal Bermudez
Michael Vidal Salazar
Lidia Vilchez Garcés
Anna Cecilia Vilela Espinosa
Edmundo Villacorta Ramírez
Carlos Alfredo Villavicencio Ríos
Luís Vinatea Recoba
Gino Yangali Iparraguirre
Jaime Zavala Costa
Roger Enrique Zavaleta Cruzado

Relación de miembros honorarios de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Ricardo La Hoz Tirado †
Américo Plá Rodriguez †
Carlos Blancas Bustamante
Carlos Palomeque Lopez
Emilio Morgado Valenzuela
Guillermo Gonzales Rosales †
Fernando Elías Mantero †
Javier Vargas Vargas †
Jean Claude Javillier
Manuel Alonso Olea †
Mozart Víctor Russomano †
Nestor de Buen Lozano
Ricardo Nugent Lopez Chavez

PROGRAMA

Miércoles 24 de octubre

15:00 – 18:30
Registro de participantes

16:00 - 17:30
Conversatorio Pre congreso
LOS DESAFÍOS JURÍDICO LABORALES DE LA INCORPORACIÓN DE LOS MILLENIALS AL MERCADO DE TRABAJO.
Sesión para estudiantes universitarios
Expositores: Renato Mejía Madrid y Roberto Servat Pereira de Souza.

16:00 - 17:30
Conversatorio Pre congreso (Sesión para profesionales. Organizado por la sección de Jóvenes Juristas).
EL FUTURO DEL TRABAJO
Expositores: Jennifer Huertas, Carlos Coello, Joyce Cieza, Zoila Fernández y Betty Egúsquiza

18:00 - 18:10
Ceremonia de Inauguración

18:10 - 18:30
Homenaje a Pedro Morales Corrales

18:30 - 18:40
Premiación del Concurso Universitario de monografías de investigación jurídica laboral

18:40 - 19:20
Conferencia Magistral de Apertura
Linda Wirth Dominice. (Consultora especialista en género y empleo. Ex Directora OIT).

19:20 - 19:40
Panel: Cecilia Guzmán Barrón - Juan Carlos Cortés Carcelén

19:40 - 20:00
Intervención final de la conferencista

20:30
Coctel de inauguración

Jueves 25 de octubre

TEMA I

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES LABORALES

09:00 - 10:00
Ponentes oficiales: Cecilia Espinoza Montoya, Ana Cecilia Crisanto y Héctor Campos Garcia

10:00 - 11:00
Exposición de ponencias libres.

11:00 - 11:20
Pausa café.

11:20 - 12:20
Conversatorio: **Los retos de la movilidad internacional de trabajadores**
Panelistas: Valeria Galindo Valer, Percy Royle Flores y Carlos Cornejo Vargas.

12:20 - 12:40
Preguntas del público.

12:40 - 13:00
Intervención final de los panelistas.

13:00 - 15:00
Tiempo libre para el almuerzo.

TEMA II

ASPECTOS LABORALES DE LAS TRANSFORMACIONES EMPRESARIALES

15:00 - 16:00
Ponentes oficiales: Elmer Huamán, Rina Alarcón y Herbert Prelle.

16:00 - 17:00
Exposición de ponencias libres.

17:00 - 17:20
Pausa café

17:20 - 17:50
El Futuro del Trabajo
Exposición a cargo de Italo Mórtola, Viceministro de Trabajo,

17:50 – 18:50
Mesa redonda: Análisis del informe de la Comisión de Protección Social
Panelistas: Miguel Jaramillo , Jorge Luis Acevedo, Álvaro Vidal Bermúdez y Beatriz Alva Hart.

Viernes 26 de octubre

TEMA III
¿QUÉ IMPLICA LA IGUALDAD SALARIAL AL INTERIOR DE LA EMPRESA?

09:00 - 10:00
Ponentes oficiales: Marlene Molero, Michael Vidal y Adriana Villalba.

10:00 - 11:00
Exposición de ponencias libres.

11:00 - 11:20
Pausa café

11:20 - 11:40
Presentación del Grupo de Jóvenes Juristas

11:40 - 12:40
Conversatorio: Jurisprudencia casatoria relevante en materia de derecho colectivo del trabajo
Ponente: Javier Arévalo
Panelistas: Lidia Vílchez y Victoria Ampuero

12:40 - 13:00

Preguntas del público.

13:00 - 13:20
Intervención final del ponente y las panelistas.

13:20 - 15:20
Tiempo libre para el almuerzo.

15:20 - 16:20
Mesa Redonda: Actuación probatoria en la Nueva Ley Procesal del Trabajo
Panelistas: Edwin Figueroa Gutarra, Juan Carlos Chavez Paucar y Jaime Cuzquen Carnero.

16:20 - 16:40
Pausa café

16:40 – 17:20
Conferencia Magistral de Clausura:
Adrian Todolí (Universidad de Valencia)

17:20 - 17:40
Panel: Mauricio Matos - Mónica Pizarro

17:40 - 18:00
Intervención final del conferencista

18:00 – 18:30
Homenaje a Fernando Elías Mantero a cargo de Víctor Ferro Delgado y Fernando Varela Bohórquez

18:30 - 18:50
Ceremonia de clausura

CEREMONIA DE INAUGURACIÓN

PALABRAS DEL DR. DANIEL ULLOA MILLARES, PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DEL VIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Tengo el inmerecido privilegio de dirigirme a ustedes como Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para darles la cordial bienvenida al octavo congreso nacional de nuestra sociedad. Esta ocasión es importante para nosotros porque cumplimos treinta años de vida institucional (la sociedad fue fundada en 1988) y porque hemos podido mantener la periodicidad bienal de esta valiosa reunión académica, que sirve para compartir unos días con colegas, amigos y personas interesadas en el estudio y la discusión de los temas laborales. Asimismo, conforme ha pasado el tiempo, estos congresos generan nuevos grupos y círculos de diferentes generaciones, lo cual nos halaga y nos obliga a seguir por el camino trazado por nuestros antecesores.

El primer congreso de la sociedad se realizó en Trujillo, entre el 27 y el 29 de octubre de 2004. Han pasado ya 14 años y siete congresos. Chiclayo fue sede del tercer congreso, el realizado en el año 2008, y en este tiempo, que podría ser breve, han pasado muchas cosas. Y es por ello que en este congreso tenemos por primera vez:

- Una participación equitativa (hombres y mujeres) como ponentes oficiales.
- A una asociada como presidenta del comité organizador.
- La presentación oficial de la sección de jóvenes juristas del Perú.
- Que los materiales sean entregados en USB, para así ser más respetuosos con el ambiente.
- La confirmación de que Perú acogerá por primera vez el congreso mundial de derecho del trabajo y de la seguridad social (setiembre de 2021). El congreso se realizará en Lima y ya estamos trabajando en ello. Estén atentos a nuestras novedades vía la página web.

En esta ocasión volvemos a la generosa ciudad de Chiclayo, la ciudad de la amistad, lugar donde podemos encontrar delicias como la panquita de lifes, probar un chinguirito o una maravillosa tortilla de raya, disfrutar del loche de Lambayeque (una de las diez únicas denominaciones de origen que tenemos registradas) o de las barritas de manjar blanco. Asimismo, revivir mucha historia pues estamos en la zona de influencia de

la cultura Lambayeque o Sicán de cuyo periodo de apogeo emerge el Señor de Sipán y la sacerdotisa de Chornancap. Cerca de aquí encontramos también a las tejedoras en paja de Monsefu, la belleza del santuario histórico bosque de Pomac, la arena interminable y las calmas aguas de Puerto Eten, las puestas de sol en Pimentel, la religiosidad de la población hacia la Cruz de Motupe, el genio de Pedro Ruiz Gallo, el heroísmo de varias personas como José Abelardo Quiñones, Elías Aguirre y Diego Ferré, la armonía artística de Tania Libertad, las sensibles letras de José Escajadillo (quien no ha escuchado o cantado "sigues siendo mía, sigo siendo tuyo porque has impregnado en mi tus huellas" o el reclamo inserto en "que somos amantes") o deleitarnos con la belleza y el color de las obras del pintor Guillermo Chávez.

La sociedad, actualmente conformada por 85 miembros, trata de generar espacios de discusión para revisar los temas laborales. Nuestra labor busca ser académica y para ello convoca a profesionales de todas las posiciones y ocupaciones, dado que son miembros de la sociedad jueces, profesores, abogados litigantes, etc. Sin perjuicio de ello, desde este año damos paso a un grupo de jóvenes juristas, quienes se conducirán autónomamente a efectos de convocar a los nuevos valores y, de ser el caso, luego ingresar a la sociedad. Toda información puede ser coordinada con quienes me precedieron en la mesa o a nuestro correo general presidente@spdtss.org.pe

En esta ocasión contamos con muchos ponentes y comentaristas nacionales, no necesariamente asociados, casi todos en su primera aparición en nuestros congresos nacionales y con dos renombrados invitados del extranjero para realizar la conferencia de inicio y de cierre, respectivamente: la australiana Linda Wirth-Dominice, reconocida consultora e investigadora en igualdad de género y desarrollo y el español Adrian Todoli, doctor en Derecho y licenciado en economía, así como profesor en la Universidad de Valencia. A ambos y a todos los ponentes nacionales va nuestro agradecimiento por el tiempo tomado en la elaboración de sus ponencias y por la gentil disponibilidad de compartir sus conocimientos con nosotros.

Asimismo, quiero agradecer la presencia de todos ustedes en este congreso, a los auspiciadores que confiaron una vez más en nuestros objetivos y felicitar a quienes colaboraron con la organización del evento. En especial, quiero reconocer el trabajo realizado por el equipo dirigido por Cecilia Monteverde, fiel colaboradora desde el primer congreso, y a la comisión organizadora compuesta por César Lengua, Sandro Nuñez y presidida por Mónica Pizarro, cuya preocupación y generosidad en todos estos meses ha hecho posible que podamos compartir nuevamente este agradable momento.

Espero que el presente congreso cumpla con satisfacer todas sus expectativas.

¡Bienvenidos!

Chiclayo, 24 de octubre de 2018

HOMENAJE A PEDRO MORALES CORRALES

Quiero en este momento compartir con ustedes algo inédito: la Sociedad que me honro en presidir ha querido realizar y compartir en esta primera fecha del congreso un homenaje a la trayectoria de nuestro ex asociado, Pedro Morales Corrales, a quien pido brinden calurosos aplausos.

Muchas gracias por haber aceptado estar aquí.

Pedro Gonzalo Alejandro Morales Corrales es abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1972) y realizó la maestría en derecho del trabajo y de la seguridad social en la Universidad San Martín de Porres (1996-1997). Trabajó tres años (1987-1989) como vocal suplente de los otrora Tribunales de Trabajo de Lima y luego desarrolló su vida profesional en el Estudio Echecopar, del cual fue socio y relevante líder. Fue también profesor de Derecho Laboral en la Universidad de Lima (1985-2009).

Como miembro de nuestra sociedad fue presidente del comité organizador del primer congreso nacional, el realizado en Trujillo en el año 2004. Y tiempo después también fue presidente de la sociedad, en el periodo 2005-2007. El año pasado, producida su jubilación laboral, me llamó muy serio para comentarme que solicitaba renunciar a la sociedad, porque en su concepción, no podía ser miembro de la sociedad si no asistía a sus actividades. Yo sentía que perdíamos a alguien valioso pero entendía que debía respetar su decisión.

En efecto, no tuve la suerte de laborar con Pedro Morales. Pero alguna vez le consulté, y no se si recordará este episodio, sobre la posibilidad del pago de indemnizaciones adicionales ante un despido ilegal. Era yo un bachiller que participaba del primer congreso procesal organizado por la sociedad, realizado en Cusco en 1997, cuando me atreví a acercarme al prestigioso ponente para realizarle esta consulta que consideraba de mucha ayuda para mi tesis de licenciatura, que trataba sobre el abuso del derecho en el despido. Y el profesor Morales, muy serio y enfático, me dijo “imposible, la ley es clara al respecto”. Yo le agradecí la atención y hasta sentí un poco de vergüenza en consultar algo que, efectivamente, había sido definido por la antigua ley de fomento del empleo y que él me respondió contundentemente y sin duda alguna.

Esa seriedad y contundencia en realidad eran las características de Pedro (lo llamaré así ahora, si me permite porque, según me contaron, cuando los practicantes pasaban a ser abogados del estudio insistía mucho en que lo dejaran de llamar doctor y le digan Pedro). En efecto, consulté con algunas personas que tuvieron la suerte de trabajar con él y me contaron lo siguiente (de repente Pedro los descubrirá según lo vaya relatando): Pedro tenía una forma particular para informar ante Juzgados, Salas o el Tribunal Constitucional. Pedro era especialmente enérgico, fiel a su estilo en general. Defendía su posición con absoluta convicción e incluso parecía algunas veces que resondraba a los magistrados, sin importar la instancia. Particularmente, lo recuerdo calificando pronunciamientos que resolvían alguna controversia en contra de su posición como "írritos" (palabra que usaba mucho). Pese a su carácter fuerte y su enérgica forma de exponer sus ideas, siempre fue muy respetado -y diría que hasta querido según me cuenta mi informante- por todas las autoridades con las que tenía que interactuar.

Pedro era una persona que se dedicaba de lleno a las responsabilidades o las funciones que le eran encomendadas, y en eso volcaba toda su energía y pensamientos, los cuales trascendían la jornada laboral. Así lo hacía con cualquier encargo profesional y los casos judiciales a su cargo, en los cuales era muy vehemente y apasionado en su defensa. Y así fue también cuando fue Presidente de la SPDTSS o cuando asumió el encargo de organizar nuestros congresos. En pocas palabras "un motorcito".

Por otro lado, los practicantes del Estudio le tuvieron siempre una gran admiración, respeto y dicen que hasta miedo. Entrar a su oficina como practicante era siempre un reto, desde el punto de vista académico, profesional y emocional (señalan que era un renegón). Era un hecho que saldrías de ahí habiendo aprendido cosas nuevas y útiles y con un montón de trabajo. Pero sobre todo, con el tiempo, los que pudieron conocerlo y trabajar con él un poco más, pudieron apreciar su lado humano y comprender que detrás del socio más renegón del Estudio (cita exacta) existía una persona preocupada por conocer bien a todas los que trabajaban con él y orgullosa de su equipo, al cual siempre buscó motivar y cuidar, con una actitud que podría definirse como amical o paternal.

También me han comentado que era un incansable promotor de los almuerzos de los viernes, momentos en los que los miembros del área aprovechaban para conocerse en otras facetas y Pedro estaba muy contento compartiendo con todos.

Otro tema aparte era su letra. Eran jeroglíficos ininteligibles. Varias de las personas que han trabajado con él cuentan que se pasaban horas tratando de entender sus apuntes y correcciones en algún documento. Incluso corría el mito que alguien en algún momento armó una suerte de manual para interpretar sus inscripciones.

Vienen ahora dos frases célebres de Pedro:

- "Por los clavos de Cristo": la usaba mucho para expresar su sorpresa o disconformidad ante un tema determinado.
- "De pico y patas": para dar a entender que alguien estaba muy metido en un tema. Por ejemplo, decía algo así "te encargo este tema, pero tienes que meterte de pico y patas porque nos van a preguntar de todo…".

Ser transparente, tener buen corazón, honestidad y lealtad es lo que define a Pedro según sus compañeros de trabajo. Yo no puedo discrepar de tal opinión, dado que siempre he visto en él esas características, una persona directa, colaboradora, trabajadora, ética y fiel a sus principios. Es por ello que estoy complacido en que la sociedad haya querido hacerle este homenaje en vida, en compañía de sus seres queridos, en gratitud a tanto tiempo dedicado a la sociedad y como un ejemplo para las nuevas generaciones, dado que lo tendremos como línea a seguir en lo que se refiere a compromiso y coherencia personal y profesional.

Muchas gracias Pedro.

Daniel Ulloa Millares

Chiclayo, 24 de octubre de 2018

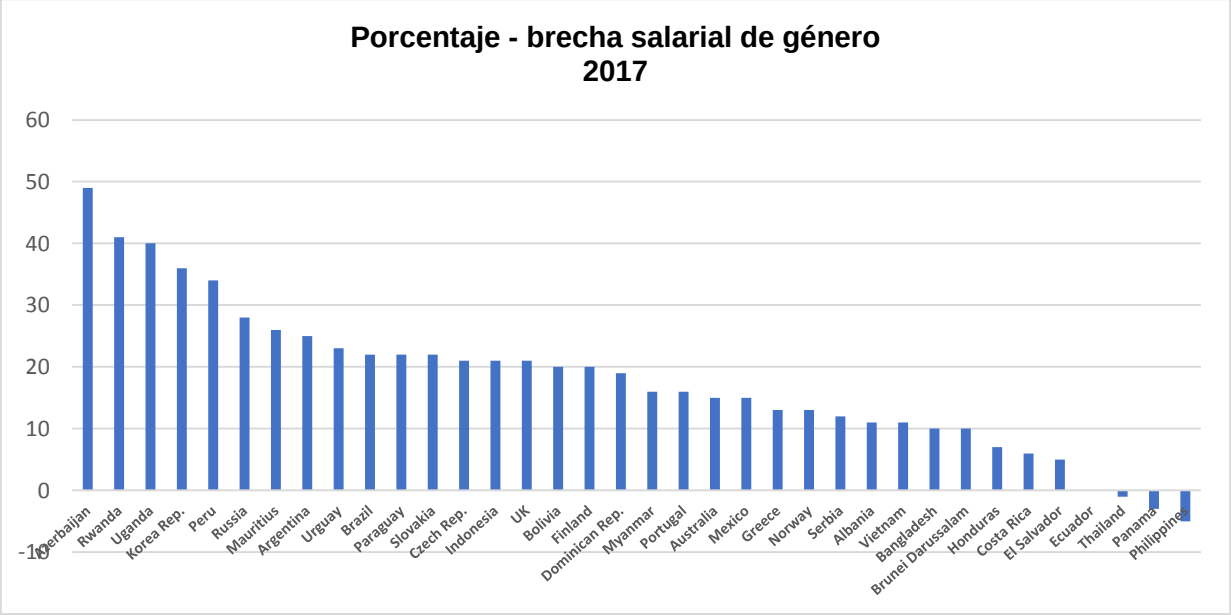
CONFERENCIA MAGISTRAL DE APERTURA

IGUALDAD DE REMUNERACIÓN ENTRE HOMBRES Y MUJERES POR UN TRABAJO DE IGUAL VALOR

LINDA WIRTH-DOMINICÉ

I. BRECHA SALARIAL DE GÉNERO

La OIT señala que, a las mujeres, en promedio, se les sigue pagando alrededor de un 20% menos que los hombres en todo el mundo, con grandes variaciones entre los países, como se muestra en el gráfico a continuación. Mientras que la brecha salarial entre hombres y mujeres se ha reducido en algunos países, en otros hay pocos cambios. En el Perú se sitúa en torno al 32%. En algunos países vemos que las mujeres ganan más que los hombres en promedio, por ejemplo, en Panamá, Filipinas y Tailandia. En estos países las mujeres ocupan un alto porcentaje de puestos directivos. En Tailandia durante mucho tiempo las mujeres tuvieron mejor acceso que los hombres a ciertas oportunidades de empleo. Aunque en Tailandia los hombres han asumido sin problemas el cuidado de la familia y el hogar, es decir, no hay un problema de "quién lleva los pantalones" en la familia, esto no modifica el hecho de que la política y las grandes empresas continúan siendo el dominio de los hombres en Tailandia.



Fuente: Base de datos estadísticos de la OIT.
Nota: los ingresos mensuales nominales medios de las mujeres como porcentaje de los ingresos mensuales nominales medios de los hombres

Al analizar hoy la brecha salarial entre hombres y mujeres se debe tener en cuenta el estancamiento general en el crecimiento salarial en todo el mundo, a pesar de un aumento en el crecimiento económico en algunas economías en los últimos dos años. Además, hay que tener en cuenta que en todo el mundo, alrededor del 50% de los empleados asalariados trabajan en la economía informal. En algunas partes hay más hombres que mujeres en el trabajo informal, como en Rusia, China y el Medio Oriente, mientras que en África y América Latina hay más mujeres que hombres en el trabajo informal.

II. ¿POR QUÉ LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO ES TAN PERSISTENTE?

La brecha salarial de género debe considerarse en el contexto de la desigualdad general de género. La brecha salarial entre los géneros es uno de los ejemplos más obvios de discriminación estructural de género como resultado de la segmentación de la fuerza laboral, tanto horizontal como verticalmente. En todos los países, existe una división del trabajo de género, arraigada en el hogar y en el lugar de trabajo, que determina que las mujeres realizan la mayor parte del trabajo no remunerado y, cuando están empleadas, reciben un salario menor que los hombres. A pesar de una mayor participación de las mujeres en el mercado laboral y su alto nivel de educación, se requieren esfuerzos decididos en muchos niveles para romper estas estructuras.

La reciente ley peruana en 2018 sobre la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, también aborda temas como la maternidad, la paternidad, las responsabilidades familiares, la capacitación y el acoso sexual, reconociendo así la naturaleza multifacética del combate de la brecha salarial de género.

Afortunadamente, hoy comenzamos a ver una evolución interesante en estas normas de género:

1. Más mujeres en áreas tradicionalmente dominadas por hombres, por ejemplo, pilotos e ingenieros de líneas aéreas (aunque hay menos hombres que pasan a ocupaciones femeninas tradicionales);
2. Más mujeres en la gestión (aunque concentradas en funciones de apoyo a la gestión, como recursos humanos y administración);
3. Los hombres más jóvenes se dedican más al cuidado del hogar y la familia;
4. Un mayor reconocimiento por parte de los empleadores del talento y las habilidades de las mujeres, quienes ya superan a los hombres en el nivel educativo en un número cada vez mayor de países;
5. En la última década, se ha desarrollado un cuerpo de investigación basado en la correlación positiva de una mayor participación de las mujeres en el mercado laboral con mayor PBI y una mayor participación de las mujeres en la toma de decisiones y en la gestión ejecutiva y logrando mejores resultados de las empresas. Se constata entonces, que la subvaluación del trabajo y las habilidades de las mujeres conduce a una pérdida de recursos para la economía.

III. ABORDAR LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO

Normas internacionales

Las normas internacionales a menudo reflejan buenas prácticas de todo el mundo y pueden servir de guía para el desarrollo de legislaciones nacionales. En el marco de la constitución de la OIT, los países están obligados a presentar informes sobre la aplicación de los convenios, ratificados o no. La OIT tiene un sistema de monitoreo que facilita un diálogo sobre la implementación de convenciones individuales.

Hace ya mucho tiempo, en 1951, la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio núm. 100 sobre igualdad de remuneración. Incluso en ese momento, después de la Segunda Guerra Mundial, el Convenio tenía miras al futuro, ya que requería la ratificación de los estados para promover el principio de “Igual remuneración para hombres y mujeres trabajadoras por trabajo de igual valor”, en lugar de “salario igual por trabajo igual”, esto es por exactamente las mismas tareas. Se reconoció que los hombres y las mujeres realmente desempeñan diferentes trabajos según su género, pero la evaluación de esos trabajos y el salario correspondiente deben realizarse sin discriminación y sobre la base de criterios objetivos.

La Recomendación núm. 90 que lo acompaña proporciona orientación adicional. Por ejemplo, para implementar el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, se recomienda a los países “establecer o alentar el establecimiento de métodos para la evaluación objetiva del trabajo a realizar, ya sea por análisis de trabajo o por otros procedimientos, con una visión para proporcionar una clasificación de puestos de trabajo sin tener en cuenta el sexo ". Esto es lo que intenta realizar la reciente ley en Perú.

El Convenio ha sido ratificado por 173 Estados miembros. Solo unos pocos Estados de las Islas del Pacífico, un par de países del Medio Oriente, un par de países de África, Myanmar, y los Estados Unidos no han ratificado la Convención.

El Convenio se incluyó entre los ocho convenios identificados como "fundamentales", ya que abarcan temas que se consideran principios y derechos fundamentales en el trabajo: la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Este último, el Convenio 111, es un convenio que se refuerza mutuamente con el 100. El objetivo de la OIT es lograr la ratificación universal de estos convenios. Y ha alcanzado el 91,4% desde que estos 8 convenios fueron adoptados en una Declaración en 1998.

El Convenio sobre Igualdad de Remuneración también forma parte de los cuatro convenios clave de la OIT sobre igualdad de género que abordan la discriminación en el

empleo y la ocupación, la protección de la maternidad y los trabajadores con responsabilidades familiares. Esto refleja la interrelación de los desafíos involucrados en la eliminación de la brecha salarial de género.

IV. DESAFÍOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS PARA REDUCIR LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO

1. Significado de "trabajo de igual valor"

La Comisión de Expertos sobre la Aplicación e Convenios Y Recomendaciones de la OIT ha observado que las dificultades en la aplicación del Convenio 100 en la legislación y en la práctica derivan sobre todo de la falta de comprensión del concepto de "trabajo de igual valor". En consecuencia, la Comisión publicó en 2007 una observación general con el propósito de aclarar el significado del término «trabajo de igual valor."

El concepto de «trabajo de igual valor» constituye el núcleo del derecho fundamental a la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor, y la promoción de la igualdad. Debido a actitudes históricas y los estereotipos relativos a las aspiraciones, preferencias y capacidades de las mujeres, ciertos trabajos son realizados fundamental o exclusivamente por mujeres (como las profesiones relacionadas con el cuidado) y otros por hombres (como en la construcción). Con frecuencia, los trabajos considerados como «femeninos» están infravalorados en comparación con los trabajos de igual valor desempeñados por los hombres, cuando se determinan las tasas salariales. El concepto de «trabajo de igual valor» es fundamental para acabar con la segregación laboral por motivos de sexo en el mercado de trabajo, un problema que afecta a casi todos los países ya que permite un amplio ámbito de comparación, que incluye pero va más allá de la igualdad de remuneración por un trabajo «igual», el «mismo» o «similar», y también engloba trabajos que son de una naturaleza absolutamente diferente pero que sin embargo son de igual valor.

La Comisión recuerda que el principio se ha aplicado para comparar la remuneración recibida por hombres y mujeres que ejercen diferentes ocupaciones, como los guardias en alojamientos protegidos para ancianos (principalmente mujeres) y guardias de seguridad en locales de oficinas (principalmente hombres); o supervisores de comidas escolares (predominantemente mujeres) y supervisores de jardines y parques (predominantemente hombres).

La Comisión ha podido observar el progreso en varios países en los últimos años, en todas las regiones, en la adopción de legislación que se refiere expresamente al "trabajo de igual valor". Las recientes Constituciones de Bolivia y Ecuador hacen referencia al "trabajo de igual valor".

2. Exclusión de ciertas categorías de trabajadores

La mayoría de los países se ocupan de cuestiones de igualdad de remuneración en el contexto de la legislación laboral general o laboral. Como resultado, la exclusión de ciertos grupos del ámbito de aplicación de la legislación laboral, incluidos los funcionarios públicos, los trabajadores domésticos, los trabajadores agrícolas, los trabajadores en las zonas francas industriales (EPZ), los trabajadores ocasionales, los trabajadores de la economía informal, los no ciudadanos y los trabajadores migrantes, a menudo conduce a dificultades en la aplicación del Convenio núm. 100. Muchos de los grupos y sectores excluidos se caracterizan por una alta proporción de mujeres y salarios particularmente bajos, incluidos trabajadores domésticos, trabajadores agrícolas y trabajadores de la economía informal.

Parecería que la ley peruana no incluye a los empleados públicos, a menos que estos estén cubiertos por otra ley?

3. ¿Evaluación del trabajo o desempeño de la persona?

Los ejemplos que conducen a la discriminación salarial incluyen casos en los que dos trabajos equivalentes pueden recibir títulos diferentes, dependiendo del género de quién los realiza, y recibir un pago diferente. Este es el caso, por ejemplo, de "chef", para hombres, en lugar de "cocinera", para mujeres, o "gerente de información" frente a "bibliotecario" o "asistente de administración" en lugar de "secretaria". Estos títulos de trabajo sesgados no solo revelan la forma en que se evalúa el "trabajo femenino", sino que también refuerzan la segregación ocupacional, ya que reducen los incentivos para que los hombres diversifiquen sus propias opciones ocupacionales.

Los informes de algunos gobiernos han indicado confusión entre la evaluación del desempeño, que apunta a evaluar el desempeño de un trabajador individual en su trabajo, y la evaluación objetiva del trabajo, que consiste en medir el valor relativo de los trabajos con contenido variable en función de del trabajo a realizar. La evaluación objetiva del trabajo se refiere a la evaluación del trabajo y no al trabajador individual.

Cualesquiera sean los métodos que se utilicen para la evaluación objetiva de puestos de trabajo, se debe prestar una atención particular a garantizar que estén libres de sesgos de género: es importante garantizar que la selección de factores para la comparación, la ponderación de dichos factores y la efectiva comparación realizada no sea discriminatoria, ni directa ni indirectamente. A menudo, las habilidades consideradas "femeninas", como la destreza manual y las requeridas en las profesiones de cuidado, son subvaloradas o incluso pasadas por alto, en comparación con habilidades tradicionalmente "masculinas", como levantar objetos pesados.

V. MEDIDAS PARA ABORDAR LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO

1. Enfoques integrales, transversales.

Las medidas para reducir o eliminar las diferencias salariales entre hombres y mujeres deberían estar integradas en una política general de igualdad de género más amplia. Estas incluyen facilitar el equilibrio entre la vida laboral y la vida, ya que los estudios muestran que la maternidad es un factor determinante de la desventaja salarial para las mujeres, mientras que la paternidad conlleva una ventaja salarial.

2. Reducir la segregación ocupacional

Los estereotipos de género ocupacionales hacen que ciertos trabajos sean ocupados casi exclusivamente por mujeres, lo que da como resultado que se subvalúen los "trabajos femeninos" en la determinación de la tasa salarial. La feminización de las empresas también se asocia con salarios más bajos.

Abordar la segregación ocupacional requiere un enfoque multifacético a través de planes de estudio en la educación desde las edades más tempranas, campañas públicas, y trabajar con las organizaciones de trabajadores y empleadores sobre los beneficios a alcanzar.

3. Evaluación de puestos

La implementación de ejercicios de evaluación de puestos de trabajo a demostrado tener un impacto medible en los diferenciales de pago por género. Las medidas para la evaluación objetiva de los empleos pueden ser tomadas a nivel empresarial, sectorial o nacional, en el contexto de la negociación colectiva, también a través de mecanismos de fijación de salarios. Se han desarrollado en todo el mundo varios métodos analíticos de evaluación de puestos de trabajo, por ejemplo, ISOS España. Además, se ha adoptado legislación como en el Perú. En Panamá, un decreto ejecutivo prevé el desarrollo de mecanismos y procedimientos para la evaluación de tareas a fin de garantizar la aplicación del principio de igualdad de remuneración para hombres y mujeres por un trabajo de igual valor.

4. Salarios mínimos

Muchos países han establecido o ampliado salarios mínimos. Las mujeres suelen estar representadas en exceso en el extremo inferior de la distribución salarial. El vínculo entre los salarios mínimos y la reducción de la brecha salarial de género se ha documentado en muchos países. Para maximizar el efecto de los salarios mínimos en las brechas salariales de género, se requiere que estas últimas no discriminen directa o indirectamente a las mujeres al establecer niveles salariales más bajos en sectores u ocupaciones predominantemente ocupadas por mujeres o incluso excluyendo de la cobertura legal a sectores u ocupaciones dominados por mujeres. Además, al definir diferentes ocupaciones y trabajos con el fin de fijar salarios mínimos, se debe utilizar una

terminología neutral al género para evitar estereotipos sobre si ciertos trabajos deben ser realizados por un hombre o una mujer.

La falta de comprensión por parte de quienes fijan los salarios mínimos del principio de igual remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor también ha sido observada por la Comisión de Expertos de la OIT. Es importante que los gobiernos, en cooperación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, examinen el funcionamiento de los mecanismos para establecer salarios mínimos a la luz de la necesidad de promover y garantizar el principio de igualdad de remuneración para hombres y mujeres por trabajos de igual valor.

5. Negociación colectiva

Los países con mayor cobertura de negociación colectiva tienden a tener menos desigualdad salarial en general y, por lo tanto, una menor brecha salarial de género, y los convenios colectivos pueden apuntar a reducir las brechas salariales de género. Algunos ejemplos de convenios colectivos que proporcionan una remuneración igual por un trabajo de igual valor, existen en Bélgica, Rumania, Singapur y Uruguay. Sin embargo, en otros casos, los convenios colectivos se limitan a una remuneración igual por "trabajo igual".

6. Auditorías voluntarias de las empresas de su brecha salarial de genero

Aquellas empresas convencidas del valor de aprovechar el talento de las mujeres, voluntariamente realizan sus propias auditorías para determinar la brecha salarial de género y, en consecuencia, introducen medidas correctivas. Esto es considerado como parte de la promoción de la igualdad de género en general y avance de las mujeres a niveles más altos de gestión. En Alemania, las empresas disponen de una herramienta de autoevaluación de igual remuneración. El gobierno de Australia, la Agencia de Igualdad de Género en el Lugar de Trabajo ha desarrollado en Internet una calculadora de brecha salarial para ayudar a las empresas a realizar sus propios análisis de brecha salarial de género.

7. Apoyo a las mujeres

Programas para apoyar a las mujeres en confianza y conocimientos para la negociación de mejores salarios y condiciones: ONGs, organizaciones de mujeres, etc.

8. Planes de acción nacionales

Adopción por parte de varios países de planes o políticas nacionales proporcionando medidas específicas para abordar la brecha salarial de género y promover la igualdad de remuneración para hombres y mujeres por un trabajo de igual valor. En Honduras, el Plan de Igualdad de Género y Equidad contempla el establecimiento de mecanismos legales e institucionales para garantizar el cumplimiento de la Convención. En Suecia, los

empleadores, cada 3 años, están obligados por ley a realizar una evaluación y elaborar un plan.

VI. ACCIÓN Y RECURSOS A NIVEL INTERNACIONAL

1. Coalición Internacional por la Igualdad de Salario (EPIC)

Esta es una nueva coalición multisectorial de la OIT, ONU Mujeres y la OCDE creada en 2018 para intensificar los esfuerzos para reducir la brecha salarial de género. EPIC interpreta una reducción de la brecha salarial de género como un indicador del progreso hacia el logro de la meta 8.5 de los ODS (Objetivos de Desarrollo Sostenibles), que exige una remuneración igual por trabajo de igual valor para 2030. Otros indicadores utilizados por el EPIC incluyen el compromiso demostrado para lograr la igualdad salarial y la ratificación de las normas internacionales del trabajo pertinentes.

2. Informe global de la OIT sobre salarios 2018

La parte 1 de este informe, que se publicará a finales de año, ofrece una visión general de las tendencias salariales mundiales. La Parte II y la Parte III están dedicadas a la brecha salarial de género. La Parte II analiza cómo mejorar los métodos para que las medidas estadísticas de la brecha salarial de género puedan ser más efectivas para monitorear y evaluar el efecto de las políticas destinadas a eliminar la brecha salarial entre hombres y mujeres. También analiza la parte de la brecha salarial de género que no puede ser explicada estadísticamente. La Parte III analiza las medidas para abordar la brecha salarial de género.

3. OIT, "Igualdad salarial: Guía introductoria"

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_223157.pdf

4. 2012 Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración sobre la Justicia Social de la OIT para una Globalización Equitativa, (2008)

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174832.pdf

5. Solicitud directa (CEACR) - Adopción: 2014, Publicación: 104ª reunión CIT (2015)

Convenio sobre Igualdad de Remuneración, 1951 (núm. 100)
Perú (Ratificación:1960)

6. Observación (CEACR) - Adopción: 2014, Publicación: 104ª reunión CIT (2015)

Convenio sobre Igualdad de Remuneración, 1951 (núm. 100) - Perú (Ratificación 1960)

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES LABORALES

PONENCIAS OFICIALES

INDEMNIZACIÓN TARIFADA ¿ÚNICA REPARACIÓN POR EL DAÑO SUFRIDO CON OCASIÓN DEL DESPIDO?

Cecilia L. Espinoza Montoya*

I. DERECHO AL TRABAJO

Se puede afirmar con total seguridad que el trabajo siempre ha existido, lo podemos comprobar en los libros de historia desde la aparición del hombre y las diferentes actividades que él desarrollaba, además de la necesidad que tiene el ser humano de cubrir sus necesidades básica; sin embargo, así como afirmo que el trabajo siempre existió también me corresponde afirmar que no siempre fue objeto de regulación jurídica; es más, aun cuando se encontraba regulado en algunas disposiciones normativas, no tenía la connotación ni mucho menos la protección jurídica que hoy en día tiene en los diferentes sistemas normativos del mundo.

En nuestro ordenamiento jurídico, la actual Constitución Política del Perú, reconoce expresamente al trabajo como un derecho y un deber[1]; el mismo que ha sido mencionado en varios de sus artículos; empero no posee un desarrollo constitucional, siendo las normas legales e infra legales las que han pretendido desarrollar y regular los aspectos más relevantes de este derecho; sin embargo, ha sido el Tribunal Constitucional quien se ha ocupado de dotarlo de su contenido esencial y accidental, arribando a éste, a través de un desarrollo más amplio, a partir de casos concretos que se han ido generando en la sociedad.

Es así que, el reconocimiento del trabajo como un derecho no se ha dado de un momento a otro sino que, como la mayoría de los derechos, ha sido a través de la lucha y la constancia que se ha ido conquistando la protección de la que hoy goza y comprendiéndose la importancia del mismo para el desarrollo del ser humano. Existen por ello, diversos documentos internacionales sobre derechos humanos que han incluido en su esfera de protección al derecho al trabajo, considerándolo como un derecho

[1] Artículo 22° de la Constitución Política del Perú de 1993

(*) Juez Superior Titular, Presidenta de la Primera Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima.

fundamental, obligando a los Estados partes a adoptar las medidas pertinentes y necesarias para su goce efectivo, propulsando así el desarrollo adecuado de la persona humana.

Para darnos una idea general de todo lo que comprende el derecho al trabajo y de lo expresado precedentemente, analizaré la concepción y el desarrollo que este derecho ha ido adquiriendo; así como, la protección internacional que se le ha reconocido, culminando este capítulo con el desarrollo de su contenido esencial que nuestro Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la constitución, ha efectuado sobre este importante derecho fundamental.

1. Concepto

Existen infinidad de maneras de definir el Derecho al Trabado, ello dependerá de la concepción y óptica que tengamos del mismo, encontrando claras y elaboradas definiciones vertidas por los estudiosos de esta rama del derecho; así como, conceptos que nos otorgan algunos organismos creados con la finalidad de otorgar lineamientos generales y fiscalizar el cumplimiento de la protección y respeto de este derecho por parte de los Estados.

Desde el punto de vista de los derechos humanos y dentro de una concepción amplia del derecho al trabajo, se le define "(…) como una vía que permite la autonomía y la autorrealización del individuo, así como la generación de solidaridad social. El trabajo es entonces, una actividad útil para el ser humano y para la sociedad, pues le permite garantizar su supervivencia con la satisfacción de necesidades básicas individuales y familiares. Además, es un medio de bienestar, de desarrollo personal y social y de reconocimiento en la comunidad".[2]

Bajo esta misma óptica humanista, el artículo 23° de la Declaración de Derechos Humanos[3], reconoce el derecho de toda persona al trabajo; a la libre elección de su trabajo; a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo; a la protección contra el desempleo; a igual salario por trabajo igual; a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure al trabajador, así como a su familia, una existencia digna. También, el artículo 24° reconoce al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación de la jornada de trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Debe de apreciarse de esta normativa que la misma guarda correspondencia con lo establecido en el artículo 25° del mismo cuerpo normativo, que reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuada que le asegure a ella misma así como a su familia, la salud y el bienestar, en especial la alimentación, la vivienda, el vestido y la

---

[2] **MOLINA HIGUERA, Angélica.** *"Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos".* EnEstudio Socio Jurídico. 9 (Número especial), Bogotá, 2007, p. 177.

[3] Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículos del 23° al 25°.

seguridad social que las proteja en caso de desempleo, enfermedad, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. Así mismo, la maternidad y la niñez tienen derecho a ciudadanos y asistencias especiales.

Teniendo en cuenta que el derecho es una ciencia social, que responde y refleja las variaciones que se producen en la sociedad en cada momento histórico, el derecho al trabajo constituye un derecho con contenido no sólo social por estas mismas razones, sino adicionalmente político, lo cual se ve reflejado en el inciso segundo del artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando refiere que las medidas que deben adoptar los Estados para alcanzar la plena efectividad del derecho al trabajo deben asegurar condiciones que garanticen "las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana"; sin embargo, independientemente de la posición política-económica a la que se quiera hacer referencia, "(…) el derecho al trabajo no se refiere a cualquier tipo de actividad o laboral, sino a aquella que permite la realización de todos los derechos humanos, incluidos los laborales en otros términos, no es suficiente tener un trabajo u ocupación, también es necesario que ese trabajo sea digno".[4]

En este orden de ideas, puedo mencionar uno de los conceptos que nos otorga el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales el que manifiesta: "El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene el derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. El derecho al trabajo sirve, al mismo tiempo, a la supervivencia del individuo y de su familia y contribuye también, en tanto que el trabajo es libremente escogido o aceptado, a su plena realización y a su reconocimiento en el seno de la comunidad".[5]

Roberto Sanromán Aranda en "El Derecho Laboral" señala que "es un derecho protector de la clase trabajadora, a su vez busca el equilibrio de los factores de producción, capital y trabajo, al garantizar que las fuentes de empleo y la productividad permitan un nivel de vida digno al trabajador y su familia". [6]

Asimismo desde un punto de vista más legalista, se señala que el derecho al trabajo es aquel conjunto de normas que regula las relaciones entre trabajador y empleador, buscando equilibrar la relación entre ambos.

---

[4] **MOLINA HIGUERA, Angélica.** Opus.cit. p. 178.

[5] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Nº 18. El derecho al trabajo (artículo6° del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 1999.

[6] **SANROMAN ARANDA, Roberto y CRUZ GREGG, María Angélica.** *"Derecho Laboral".*Mc Graw Hill/ Interamericana Editores S.A. de C.V., México, 2009, 1ª. Edición, p.19.

De los conceptos anteriormente señalados, se puede resaltar que cada autor impregna algo de su concepción social y política en los conceptos que nos otorgan, pasando de considerar el derecho al trabajo como un derecho fundamental que le corresponde a cada persona, que le es inherente a ella y que permite su libre desarrollo, al que lo considera como aquel derecho cuya finalidad es el de proteger al trabajador de los posibles abusos que pudiera cometer el empleador; y, que el Estado, tiene obligaciones concretas a fin de que el mismo pueda ser efectivizado por cada ser humano de manera adecuada, terminando por aquellos que lo consideran un conjunto de normas jurídicas, no siendo válido afirmar por ello, que solo uno es el correcto y los otros no; sino que, precisamente, la existencia de esta variedad de conceptos, desde diferentes perspectivas, nos permite analizar y comprender la amplitud e importancia que posee este derecho.

Sin embargo si bien es importante la conceptualización de este derecho, eso no quiere decir que el desarrollo y las disposiciones normativas se hayan estancado solo en meras definiciones; sino que, a partir de las mismas, diferentes tribunales se han encargado de otorgarles un desarrollo jurisprudencial para que de esta manera se pueda cumplir con la finalidad del derecho al trabajo.

2. El Derecho al Trabajo en la Constitución del Estado Peruano.

En el ordenamiento jurídico peruano, la consagración de los derechos laborales a nivel constitucional ha ido siguiendo la tendencia que a nivel mundial se iba presentando. Un primer antecedente de la defensa de los derechos laborales lo constituye la prohibición de la esclavitud contenida en la Constitución de 1860 (artículo 17°), la misma que se mantuvo en la efímera Constitución de 1867(artículo 16°)[7].

Las constituciones peruanas no recogen artículos relacionados a los derechos laborales, excepto la libertad de trabajo, hasta la Constitución de 1920, que prácticamente coincide con las constituciones sociales: Querétaro y Weimar, la que regula algunos derechos de índole laboral tales como: la libertad de trabajo y la respectiva remuneración por la labor prestada, siendo la ley la encargada de regular el salario mínimo, el reconocimiento de una indemnización por accidente de trabajo, introduce también el arbitraje obligatorio cuando se susciten conflictos entre el trabajador y el capital; y, ordenaba que mediante ley se regulen condiciones laborales óptimas, entre otras.[8]

Por su parte la Constitución de 1933 otorga un reconocimiento más amplio a la gama de los derechos laborales, sigue reconociendo la libertad de trabajo, la imposibilidad que mediante contrato de trabajo se puedan renunciar a derechos civiles, políticos y

---

[7]**VIDAL SALAZAR, Michael**.*"La Constitución, su contenido laboral y la delimitación del mismo mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional".* En "Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Libro Homenaje a Javier Neves Mujica, Editorial Grijly, Lima, 2009, p.85.

[8]**PAREJA PAZ-SOLDAN, José**. "*Historia de las Constituciones Nacionales"*. Editorial Zenit. Lima, 1994. p 191.

sociales, así como rebajar su dignidad; asimismo obliga al Estado a legislar aspectos que anteriormente no reconocía como el contrato colectivo, los salarios mínimos acorde a las características del trabajador, las condiciones máximas de trabajo y legislar las relaciones laborales y defensa de los trabajadores.

Pese al reconocimiento que ya estaban adquiriendo en nuestro ordenamiento jurídico los derechos laborales, es recién con la Constitución de 1979 que la protección y el contenido que se otorga a los mismos es mucho más amplio, esta constitución contaba con un acápite dedicado a la regulación del Derecho al Trabajo, siendo la constitución que abordó los temas laborales de mejor manera. Una de las principales novedades que trae consigo, es la consagración del derecho a la estabilidad laboral, así como la preferencia que se le otorgó a los pagos de las remuneraciones y beneficios sociales, reconoce el derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva, el derecho a huelga, entre otros, establece la obligación estatal de dictar leyes de regulación sobre la higiene y la seguridad en el trabajo, asegurando la salud e integridad física y mental de los trabajadores. Asimismo le otorga a los principios del derecho del trabajo el carácter constitucional. Se trata de la Constitución con mayor contenido laboral que ha existido en la historia del derecho peruano[9]. Así tenemos la siguiente regulación en su artículo 42°:

> "El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones.
>
> En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad.
>
> El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin disminución alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato. La Ley señala la protección preferente que corresponde a los trabajadores nacionales tanto en el número como en el monto total de remuneraciones de la empresa, según el caso".

La promulgación de la Constitución de 1993, recortó el catálogo de derechos que la anterior Constitución recogía, eliminando la estabilidad laboral, entre otros, así como, el capítulo propio que tenían los derechos laborales en la Constitución del 1979, incluyendo parte de ellos en el acápite referido a los derechos sociales y económicos.

[9]**VIDAL SALAZAR, Michael**. Opus cit. p-269.

Consagra además, entre otras cosas, el Derecho al Trabajo como **un derecho y un deber**, otorga protección contra el despido arbitrario, se reconoce la obligación del Estado de otorgar protección especial a la madre, al menor de edad y a la persona con discapacidad que trabaja; consagra la irrenunciabilidad de los derechos constitucionales e impide desconocer o rebajar la dignidad de las personas, garantiza la libertad sindical, fomenta la negociación colectiva, regula el derecho a la huelga y reconoce el derecho que tienen los trabajadores a participar en las utilidades de las empresa.

La manera en cómo se ha regulado en la actual Constitución los derechos relacionados al ámbito laboral se debe a la gran reforma laboral llevada a cabo desde 1990; busca saltar las inmersas distancias y vacíos que nos separan con la realidad de un mundo cada vez más integrado y donde, para el desarrollo de todos los peruanos, es imperativo insertarnos en condiciones de competir[10]. Siendo que además, válidamente refiere Sanguineti, revalidando la calidad de persona humana del trabajador, refiriéndose al derecho al trabajo, que "la garantía de este derecho guarda una estrecha conexión con la tutela de la dignidad de la persona y el ejercicio de los atributos propios de la ciudadanía"[11].

3. Contenido Esencial del Derecho al Trabajo

El derecho al trabajo puede ser considerado como una moneda que acuña en una de sus caras **un deber** y en la opuesta **un derecho**, que coexisten pacíficamente para la plena realización de la persona humana. Así tenemos:

- Como un **Deber:** en opinión de Alonso Olea[12], "El deber de trabajar obviamente tiene que ser entendido con carácter relativo, no se puede obligar mediante compulsión o fuerza, ni bajo pena al trabajo, pues ello equivaldría a la implantación de un sistema de trabajo forzoso, no puede configurarse el deber de trabajar como una obligación coercible"; de lo que se puede colegir que el trabajo constituye un deber más no una obligación, si se tiene en cuenta que no existe forma jurídica de sancionar a una persona que no trabaja; caso contrario, tal coerción entraría en abierta contradicción con una de las características del trabajo, la necesaria condición de ser libre. "En conclusión, el trabajo no es un deber jurídico que permita su coercibilidad sino que se trata de un deber moral u obligación social por cuanto en caso contrario se estaría afectando otros derechos fundamentales tales como la libertad. Sin embargo, si bien no existe una obligación jurídica de trabajar, el sistema jurídico y la vida misma presentan ciertas tendencias que favorecen al ciudadano que trabaja. Existe por lo tanto, una coerción real que representa la necesidad de trabajar para obtener los recursos económicos que nos permitan

[10]**MARCENARO FRERS, Ricardo**. "El Trabajo en la Nueva constitución". Cultural Cuzco, Lima,1995, p. 269.

[11]Véase http://www.wilfredosanguineti.es/El derecho al trabajo y la protección frente al despido en el derecho internacional. Visitado el 31 de julio del 2016.

[12]**ALONSO OLEA, Manuel.***"Derecho del Trabajo en especial del Derecho de Trabajo según laConstitución"*. Editorial Civitas. Madrid, 1990. Opus. Cit. p. 44.

subsistir, además de la orientación del sistema jurídico tal como en los servicios de seguridad social" [13]

- Como un **Derecho*:*** encontramos dos niveles en su contenido; el derecho al trabajo como derecho a obtener un trabajo, de acceder a una ocupación remunerada; y de otro lado, el derecho a conservar el puesto de trabajo que se encuentre desarrollando un trabajador en particular.

4. Desarrollo Jurisprudencial en el Ámbito Interno

Si bien, es cierto que el derecho al trabajo se encuentra reconocido en la Constitución Política del Estado, en el artículo 22°, también es cierto que el contenido de este derecho no se encuentra de manera expresa en el mismo, sino que por el contrario, los llamados a dotar de contenido a dicho derecho son los jueces y en última instancia el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución.

En una primera instancia, el derecho al trabajo era considerado como un derecho programático o de receptividad aplazada, vale decir, un derecho reconocido hoy que, por limitaciones materiales, será exigible recién en el futuro. Sin embargo, el desarrollo constitucional ha logrado que esta percepción del derecho al trabajo varíe y hablemos en la actualidad de un derecho concreto, inmediato y exigible mediante acciones de garantía[14].

> "El derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22° y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de las partes que caracteriza a los contratos que regula el derecho civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de la gama de los derechos constitucionales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica (...)"[15]

En ese sentido, debo hacer mención en primer lugar, a la sentencia recaída en el **expediente 01124-2001-PA/TC**, referida al proceso seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (Fetratel) contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Holding S.A, entablada con el objeto de que las últimas se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores afiliados a Fetratel, quienes establecieron un plan de despido masivo. La referida sentencia, en primer lugar, precisa el contenido del derecho

[13] **ALONSO OLEA, Manuel.** Opus. Cit. p. 44.
[14] **CAMPOS TORRES, Sara**. *"Contenidos de los derechos laborales en la Constitución"* en *"El Amparo Laboral y la Vía Ordinaria"*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 71-72.
[15] Expediente 0628-2001-AA/TC HUANUCO. Caso: Elba Graciela Rojas Huamán Vs Telefónica del Perú S.A.A.

de sindicación y determina que el criterio de afiliación sindical fue el que se usó para aplicar los despidos masivos. Así mismo, analiza los alcances del derecho del trabajo determinando que el contenido esencial del derecho al trabajo, consagrado en el artículo 22° de la Constitución, implica acceder a un puesto de trabajo y no ser despedido sino por causa justa. En segundo lugar y más importante, precisa que la remisión a la ley del artículo 27° de la Norma Suprema no constituye un "mandato abierto" al legislador que le permitiría optar, en última instancia, por una legislación que vacíe de contenido al derecho al trabajo.

Alfredo Villavicencio Ríos acota a este respecto que:

> "(…) En efecto, según el Tribunal, como la validez de un desarrollo legal supone el respeto al contenido esencial del derecho objeto de desarrollo, el artículo 34° de la LPCL, al consagrar el despido libre indemnizado, vacía de contenido el derecho al trabajo en el extremo que proscribe el despido sin causa justa. Si bien el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 7°, apartado «d» permite optar por una reparación indemnizatoria, este instrumento internacional debe entenderse como una norma que enuncia derechos mínimos que los ordenamientos jurídicos internos pueden mejorar con mayores niveles de protección. En otras palabras, bajo ningún caso la incorporación de un tratado de derechos humanos al bloque de constitucionalidad puede significar el menoscabo de los derechos reconocidos en la Constitución, principio que es recogido en el mismo Protocolo, en su artículo 4. En virtud de lo expuesto y atendiendo a la imposibilidad de interpretar el artículo 34° de la LPCL de conformidad con la Constitución, el Tribunal inaplicó dicho dispositivo al caso concreto, ordenando la reincorporación a su centro de labores de los trabajadores despedidos y disponiendo que la empresa se abstuviera de seguir con el ejercicio de lo establecido por el artículo 34° respecto de los afiliados a Fetratel que continuaban laborando. Y no podía ser de otro modo, puesto que la forma de protección del amparo: [...] 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 determina libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional"[16].

[16] **VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo**. Revista Derecho PUCP, N° 71, 2013 / ISSN 0251-3420. 329-330. Enhttp://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8906/9311. Consultado el 11 de abril de 2014

Posteriormente, el Tribunal Constitucional reafirma esta posición a través de la sentencia N° 03052-2009-AA, en la cual establece que:

> "(…) el contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: Por un lado, el derecho a acceder a un puesto de trabajo, y por otro lado, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. 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; precisando que la satisfacción de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa"[17].

Respecto al fundamento anterior podemos señalar que el Estado tiene la obligación de promover el empleo, siendo ese uno de los contenidos del derecho al trabajo y el trabajador tiene derecho a acceder a un puesto de trabajo hasta que exista causa justa para su cese, caso contrario se requerirá la adopción de un serie de medidas para que este derecho no se vea vulnerado.

Del mismo modo, en cuanto a la libertad de trabajo, el máximo intérprete de la constitución manifestó:

> "Establecida en el inciso 15) del artículo 2º de la Constitución, [la libertad de trabajo] se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad auto determinativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por elloes que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público"[18].

Si bien toda persona tiene el derecho de acceder a un puesto de trabajo y el estado de promover el empleo, se debe dejar en claro que es el individuo quien debe elegir si acepta o no el trabajo, es él quien debe elegir en que se va a desempeñar, ya que esto determinará el proyecto de vida del sujeto por lo que no debe ser impuesto por ningún medio. Y cuanto el individuo lo decida puede cesar en su labor y cambiar, siempre

[17] Expediente Nº 03052-2009-PA/TC. Caso: Yolanda Lara Garay Vs Gobierno Regional del Callao.

[18] Expediente Nº 0008-2003-AI/TC LIMA. Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001.

y cuando sea acorde a las disposiciones pertinentes, ya sea otorgadas públicamente o por el centro de labores donde trabaja.

Asimismo se ha señalado que:

> "El segundo aspecto del contenido esencial del derecho al trabajo se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo que medie una motivación justificada o se indemnice. Este ámbito de protección no es sino la manifestación de la especial protección que la Constitución confiere a los trabajadores frente a las eventuales decisiones arbitrarias por parte de los empleadores de dar por finalizada una relación jurídico-laboral. De ahí que la Constitución, en su artículo 27, haya señalado que "la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario"[19].

II. EL CONTRATO DE TRABAJO

Debemos iniciar señalando en primer término, que el contrato de trabajo es el acuerdo de voluntades entre un trabajador y un empleador, en virtud del cual, el primero pone a disposición del segundo su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración; y, en segundo lugar, que éste posee como una de sus características, que no se agota en un solo acto sino por el contrario, sus efectos se prolongan en el tiempo, entendiéndosele como un contrato de Tracto Sucesivo; por ello, el tratadista Manuel Alonso Olea[20]expresa con toda propiedad que *"El Contrato de Trabajo, es por así decirlo, un negocio jurídico de una extremada vitalidad, de una gran dureza y resistencia en su duración"*.

Ello nos lleva a referirnos a la conexión existente entre el contrato de trabajo y el clásico principio del derecho del trabajo, denominado **Principio de Continuidad o Permanencia**, el cual, en palabras de Américo Plá Rodríguez[21]**,** "(…) expresa 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"; a grado tal que, dentro de los alcances del mismo y como proyección de su proposición, se encuentra la resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal, llegando a considerarse al Despido como un elemento que contraviene la generalizada concepción de que la relación de trabajo sólo debe tener término cuando desaparezcan los motivos propios que dieron origen a la misma. Al respecto, señala Almansa Pastor[22].

---

[19]Expediente Nº 03052-2009-PA/TC. Caso: Yolanda Lara Garay Vs Gobierno Regional del Callao.

[20]**ALONSO OLEA, Manuel**. "Derecho del Trabajo". Citado por: **PLA RODRIGUEZ**, **Américo**. "Los Principios del Derecho del Trabajo" . Ediciones Depalma. (2ª ed. Actualizada) Buenos Aires:, 1978, p.154

[21]**PLÁ RODRÍGUEZ, Américo,** op.cit., p. 152.

[22]**ALMANSA PASTOR, José**. "El Despido Nulo". Citado por: **PLÁ RODRIGUEZ, Américo**, op.cit.,172.

III. EL DESPIDO

Para mencionar alguna de las muchas definiciones podemos citar al Dr. Mario Pasco Cosmópolis[23], quien expresa que "(…) despido en sentido propio es un acto unilateral y recepticio: Unilateral porque consiste en acción de una sola de las partes –el empleador-, autorizada por ley para poner término al contrato; recepticio porque el acto se completa con la recepción –la simple recepción, sin que se requiera aquiescencia- de la comunicación respectiva por el trabajador. El despido –acto unilateral- puede tener una causa objetiva o una simple motivación subjetiva. Cuando esa causa es una falta grave del trabajador, el despido asume carácter de sanción, naturaleza disciplinaria"[24]. Por su parte y en esta misma línea de pensamiento, Alonso Olea lo describe como "(…)la resolución del contrato de trabajo por voluntad del empresario", sin dejar de mencionar la definición de Alonso García quien se refiere al despido como "(…)el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual éste decide poner fin a la relación de trabajo".

Para efectos del presente trabajo nos centraremos principalmente en el despido entendido en su contenido **esencial;** esto es, **la voluntad unilateral** del **empleador** de dar por **finalizada la relación laboral**, basada en la existencia o no de motivos justificatorios, lo cual solo tendrá relevancia para identificar y determinar las consecuencias válidas o inválidas del ejercicio de dicha potestad y que será estudiada detalladamente.

1. Características del Despido

El despido presenta determinadas características que lo diferencian de cualquier otra forma de extinción de la relación de trabajo, y que bajo las especificaciones de Alfredo Montoya Melgar[25], son las siguientes:

a) Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante.

b) Es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente.

c) 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.

d) Es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan *ad futurum* los efectos del contrato.

---

[23]**IBIDEM,** p, 246-248

[24]**PASCO CSMÓPOLIS, Mario**. "Extinción de la relación Laboral en el Perú". En: Aa.Vv.PLARODRIGUEZ, Américo y otros (Coordinación de Mario Pasco Cosmópolis). La Extinción de la Relación Laboral. Lima: Aele Editorial, 1987, p. 245-248.

[25]**MONTOYA MELGAR, Alfredo.**Citado por:**BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.** op.cit., pp.47-48.

2. Modalidades del Despido

a) **Despido Directo:** para describir esta modalidad de despido, podemos indicar que es aquél cese que tiene su origen en la iniciativa y decisión del empleador, en su condición de parte predominante y poderosa de la relación laboral y que no contempla teóricamente, ni la necesidad de la existencia de una causa determinada, por lo que se le identifica como el Despido propiamente dicho, dentro del cual se encuentran: el despido injustificado, nulo, incausado y fraudulento.

b) **Despido Indirecto:** teniendo en cuenta lo antes expuesto, ante el incumplimiento de alguno de sus deberes por parte del empleador, de tal índole y gravedad que haga insostenible la relación de trabajo por culpa del empleador; el trabajador se encuentra facultado por ley y previo el procedimiento establecido, a dar término a la relación laboral por falta del empleador.

El despido por ser una decisión unilateral del empleador debe ser aplicada estricta y escrupulosa dentro de los parámetros señalados por ley, a fin de que el despido se constituya en una sanción justa, proporcional y racional por parte del empleador, ante la existencia de hechos configurantes de las faltas graves establecidas en la normatividad vigente y referidas precedentemente, situación que se ve trastocada ante decisiones del empleador que se apartan de tales cánones, tornando el mismo en injustificado, arbitrario, fraudulento, incausado y despido indirecto, con las diferentes consecuencias jurídicas y económicas que le corresponde asumir al empleador ante tales eventualidades; las mismas que, de una manera esquemática, en función de los tipos de despidos y sus consecuencias jurídicas, se pueden resumir conforme al siguiente cuadro:

Tabla 1: Tipos de Despido y sus Consecuencias Jurídicas

TIPO DE DESPIDO	ORIGEN	CONSECUENCIA JURIDICA NORMATIVA	CONCECUENCIA JURIDICA ALTERNATIVA A ELECCIÓN
INJUSTIFICADO	LEGAL	**INDEMNIZACIÓN**	
NULO	LEGAL	REPOSICIÓN	**INDEMNIZACIÓN**
INDIRECTO	LEGAL	**INDEMNIZACIÓN**	
ARBITRARIO	LEGAL	REPOSICIÓN	**INDEMNIZACIÓN**
INCAUSADO	JURISPRUDENCIAL	REPOSICIÓN	**INDEMNIZACIÓN**
FRAUDULENTO	JURISPRUDENCIAL	REPOSICIÓN	**INDEMNIZACIÓN**

Tómese nota del cuadro precedente, que todos los tipos de despido pueden finalmente, unos por mandato legal y en otros casos por decisión de propio trabajador en

la correspondencia de una indemnización tarifada; por lo que a fin de aproximarnos a la tesis planteada, verifiquemos previamente cuál es la naturaleza de esta indemnización; y, a partir de ella, analizar si recibida la misma permite obtener otro resarcimiento por afectación al derecho al trabajo.

IV. LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO

Como punto de referencia, podemos partir ubicándonos en el Convenio N°158 de la OIT; el cual, si bien es cierto no ha sido ratificado por nuestro país, constituye una importante Recomendación para que la legislación de los países puedan reconocer la estabilidad de salida, absoluta (reposición) o relativa (indemnización). Aunado a ello, el acápite 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos y Culturales, ratificado por el Perú, en forma explícita prevé que en el caso de despido injustificado, el trabajador debe tener derecho a la reposición, la indemnización o cualquier otra prestación prevista en la legislación.

Y es en virtud de ello, que nuestra norma laboral desarrolla legislativamente el derecho a su percepción en el artículo 34°[26] del D.S. N° 003-97-TR, T.U.O del D. Leg. 728; mientras que define su *quantum* mediante el 38°[27] del mismo cuerpo normativo, de cuya lectura concordada, la conclusión resulta obvia: en el ordenamiento legal peruano, en materia laboral, **la indemnización por despido arbitrario es tarifada**.

1. Concepto

En un sentido genérico, indemnización deriva del verboindemnizar que proviene del latín compuesto por el prefijo *in*-que significa negación de una acción, la palabra *damnum* que significa daño y el sufijo *-izare* que significa "convertir en" por lo tanto la palabra se refiere a **la anulación del daño causado**.

En sentido estricto, debe entenderse que la **indemnización** es un **remedio**, **una compensación, de origen legal**, que concurre como consecuencia prevista, anteladamente, frente a la existencia de una contingencia determinada por el ordenamiento jurídico. Y como he referido en el acápite precedente, en nuestro

[26] **Artículo 34°.-** El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38º, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandarsimultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. 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 38º.

[27] **Artículo 38.-** La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y mediaordinaria 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 período de prueba.

ordenamiento laboral, la indemnización que corresponde percibir al trabajador por un despido arbitrario, es únicamente, la tarifada; por lo que resulta indispensable desentrañar su naturaleza jurídica, para así, poder entender la función que ésta cumple frente a la afectación al derecho al trabajo; y, establecer, en capítulos siguientes, su incuestionable diferencia con el **resarcimiento** nacido de la inejecución de obligaciones contractuales o más comúnmente denominada responsabilidad civil.

V. LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL ORDENAMIENTO LEGAL VIGENTE.

Ya hemos señalado en acápites precedentes que, en nuestra legislación vigente, la consecuencia jurídica de un despido injustificado o arbitrario prevista por ley, se encuentra estipulada en el artículo 34° del T.U.O. del D.S N°003-97-T.R., estableciéndose una indemnización tarifada como única reparación por el daño sufrido.

De ello podemos advertir, en forma inequívoca, que el legislador utilizó criterios objetivos para su formulación cuantitativa, cuyo basamento reposa en la antigüedad en el servicio y el monto remunerativo percibido por el trabajador a su cese, sin que pueda tener algún tipo de injerencia en la modulación de su quantum, la gravedad o consecuencias gravosas, que en mayor o menor medida, pueda ocasionar el despido, de manera particular y diferenciada, en cada trabajador.

Y es que, si ahondamos en la naturaleza particular de la indemnización por despido, podemos advertir que ésta actúa, de un lado, como una **sanción** al empleador que ha incumplido su obligación de cesar al trabajador basándose, necesariamente, en una causa debidamente comprobada y el procedimiento previamente establecida en la ley; en concordancia con la garantía constitucional de una adecuada protección contra el despido arbitrario, contenida en el artículo 27° de la Constitución Política del Estado. Empero, por otro lado, la indemnización constituye, una forma de **reparación** aceptada por nuestro ordenamiento judicial ante la lesión de un derecho constitucionalmente reconocido: **el derecho al trabajo**.

En tal sentido, puedo afirmar con validez, que la indemnización por despido cubre todos los aspectos relacionados con la afectación al **derecho al trabajo**, sin poder argumentar una lesión mayor de otra naturaleza u otras esferas relacionadas con el mismo derecho, pues la ley ha decidido, previamente, cuál es la fórmula económica que considera adecuada para logra una equivalencia ante la **lesión** de este derecho, imponiendo para ello como única compensación: una **indemnización tarifada**, en síntesis, ha establecido a través de ésta, el **justiprecio** por la pérdida injustificada e ilegal del empleo que sufre un trabajador.

Si tenemos en cuenta lo antes expuesto y el hecho innegable que los trabajadores injustificadamente cesados no se sienten económicamente satisfecho con el abono solo es esta indemnización tarifada, sino que aducen en forma uniforme y reiterada

la existencia de mayores daños que los que consideramos podrían ser compensados con su pago, nos viene a la mente esta pregunta ¿es factible que el trabajador pueda solicitar una indemnización adicional dentro del campo de la responsabilidad contractual como resarcimiento por daños adicionales por la esta pérdida del derecho al trabajo? La respuesta es **NO**.

La razón que justifica mi respuesta en sentido negativo, está basada, esencialmente, en la naturaleza y función que posee la indemnización, la cual constituye una figura jurídica totalmente disímil al resarcimiento, siendo que este último, emana de la inejecución de obligaciones; aunque muchas veces y de manera equívoca, han sido usados como si fueran sinónimos, creando confusión y alentando falsas expectativas de mayores derechos económicos por un mismo derecho lesionado.

En este sentido Isola[28] señala, que la indemnización tarifada, solo constituye una respuesta ideada por la sociedad para evitar la desocupación de los trabajadores, en armonía con la facultad que necesitaban los empleadores, en la organización y dinámica empresarial, de resolver los contratos a tiempo indeterminado, sin sufrir las consecuencias del "régimen de responsabilidad civil", regulado por el derecho civil. De esta forma, siguiendo con la apreciación del citado autor, se lograba una indemnización "tarifada, mínima, segura y común" que responde más al problema social que al individual, distinguiéndose, por esta ultima característica, de la indemnización integral del derecho común que es de índole estrictamente individual.

VI. EL TRABAJADOR COMO PERSONA HUMANA.

El contrato de trabajo es el acto jurídico celebrado entre un empleador y un trabajador por el cual este último pone a disposición del primero su fuerza de trabajo, a cambio de una remuneración, bajo condiciones de subordinación, como he indicado precedentemente, en el cual los sujetos intervinientes de un lado el **empleador** puede ser una persona natural o jurídica (en cualquiera de sus formas societarias), mientras que el **trabajador** puede ser,únicamente, una **persona natural.** Esto tiene un fundamento básico, se contrata a una persona para el desarrollo de labores *intuito personae*; y, por ende, una persona determinada en consideración a sus cualidades y capacidades personales y profesionales que son objeto precisamente de esa contratación, no pudiendo ser sustituida por otra, en la misma relación laboral.

En tal sentido, el trabajador como persona natural y por ende persona humana, ingresa a una relación de trabajo investido de tal condición y de sus derechos fundamentales que,los cuales no pueden ser desconocidos ni perder su vigencia al subordinarse al empleador, pues precisamente éstos, constituyen un límite a su poder, al igual que las normas de orden público y las buenas costumbres. Sin embargo,

[28]**ISOLA, Juan José.** *" La indemnización tarifada y la reparación integral en el contrato de Trabajo".* Derecho del Trabajo, Buenos Aires,1978. p.23.

estaobligación jurídica de la más alta jerarquía,no siempre resulta fácilmente aceptada por el empleador, que bajo el manto de sus propios intereses, sobre todo económicos, trata de yuxtaponer: sus facultades discrecionales, poder de dirección, poder de fiscalización, ius variandi, poder disciplinario y sancionador, sobre los derechos no solo laborales específicos sino además los fundamentales del trabajador en su condición de persona humana, produciéndose una colisión que resiente el ordenamiento jurídico; y sobre todo, la dignidad del trabajador, por lo que corresponde estudiar de qué manera el ordenamiento jurídico garantiza los derechos fundamentales del trabajador.

1. Derechos Laborales del Trabajador

Tomando como base la clasificación formulada por Manuel Carlos Palomeque López[29], se puede mencionar a los llamados **derechos específicos** y a los **derechos inespecíficos.**

1.1 Derechos específicos: identificando estos como aquéllos que se reconocen a los sujetos del derecho del trabajo, tanto en el plano individual como colectivo. En el Perú, se encuentran previstos en la Constitución Política pero también y, principalmente, en numerosas normas de rango legal; entre ellos podemos mencionar:

- Derecho a condiciones dignas y equitativas de labor
- Derecho a una jornada máxima de trabajo
- Derecho a la participación en las utilidades
- Derecho a la estabilidad laboral
- Derecho a la libertad sindical
- Derecho a la negociación colectiva
- Derecho a la huelga
- Derecho a una remuneración mínima vital
- Derecho a una protección adecuada contra el despido adecuado
- Derecho al descanso semanal y anual remunerado
- Derecho a la compensación por tiempo de servicios
- Derecho a las gratificaciones legales
- Derecho a la asignación familiar
- Derecho al descanso por pre y post natal
- Derecho a la seguridad social
- Derecho a la protección del trabajo infantil

1.2 Derechos Inespecíficos: son los que han sido reconocidos a todos los habitantes, sin distinción de su posición jurídica sino simplemente por ser personas (físicas o jurídicas). Se puede decir de ellos también, que son todos los derechos fundamentales, reconocidos en la Constitución, que una relación laboral no puede inaplicar. Entre ellos podemos mencionar:

- Derecho a la igualdad

[29]**PALOMEQUE LOPEZ-ALVAREZ DE LA ROSA.** “Derecho del trabajo”. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid,2003.

- Derecho al honor
- Derecho a la ocupación efectiva
- Derecho a la intimidad
- Derecho a la propia imagen
- Derecho a la libertad religiosa
- Derecho a no ser discriminado
- Derecho a la libertad de expresión
- Derecho de formar una familia
- Derecho a la libertad de comunicación
- Derecho al secreto de las comunicaciones
- Derecho a la salud e integridad física
- Derecho a la defensa
- Derecho a la presunción de inocencia
- Entre otros

Bajo lo expuesto precedentemente, qué duda cabe que el trabajador requiere a lo largo de su vida dentro de la relación laboral, de la necesidad de hacer imperar la eficacia horizontal de sus derechos fundamentales, si hacemos un parangón entre lo que sucede con el estado que ostenta el *ius imperium* y el empleador que ejerce el poder de dirección y el *ius variandi*, respecto del trabajador, por lo que ello nos lleva a buscar formas más perfectas de protección de los derechos fundamentales al interior de las relaciones de trabajo, que permitan a los trabajadores el pleno goce de ellos, y con ello no solo a los derechos de contenido laboral, sino también a aquellos derechos inespecíficos referidos en los puntos desarrollados.

Sin embargo, ante la vastedad de estos derechos inespecíficos y la posibilidad de ser mellados con diferentes actos del empleador, el propósito de este trabajo, se circunscribe a un solo aspecto del poder de dirección del empleador, esto es, su facultad sancionadora, en los actos que revisten gravedad tal que han sido calificados por la propia normatividad como causas de extinción de la relación laboral: **EL DESPIDO;** facultad que, sin embargo, es en muchos casos indebida o ilegalmente utilizada, incurriendo en un **DESPIDO INJUSTIFICADO.**

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, constituye entonces necesario, apreciar el mismo en su verdadera dimensión, hasta arribar a la afirmación irrebatible de que el despido constituye un hecho pluriofensivo; y, como tal, produce afectación no solo del derecho al trabajo como consecuencia inmediata y natural del mismo; sino que además, puede comprometer seriamente derechos inespecíficos del trabajador, debiéndose determinar con precisión y rigurosidad jurídica, si el empleador responde por estos últimos daños; y, de ser así, de qué forma debe de hacerlo si tenemos en cuenta que no podemos concebir un espacio jurídico en el que se permita la indiferencia por la reparación de la lesión integral de derechos inespecíficos, ya sea en el orden material o inmaterial.

Para resolver esta situación, el derecho del trabajo no resulta suficientes para acudir, con sus propias instituciones, a dar solución a ello, pues como consecuencia jurídica aplicable al caso solo ha previsto la indemnización tarifada, que por su naturales,

no se corresponde con la formal legal que ha previsto el ordenamiento jurídico en caso de un resarcimiento económico por un daño que requiere, para su determinación, de un espacio de valoración cuantitativa y cualitativa; por lo que debemos de recurrir, necesariamente, a las normas contenidas en la inejecución de obligaciones (responsabilidad contractual).

VII. EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

En el capítulo anterior hemos desarrollado los diferentes tipos de despidos que se presentar en función del cumplimiento o no de las formalidades exigidas por la ley en su procedimiento, contempladas en los artículos 31° y 32° del Decreto Supremo Nº 003-97-T.R.[30], así como en virtud de las causales imputadas al trabajador; y sobre todo, en atención a la trascendencia de los derechos afectados al tornarse esta extrema sanción, injustificada o nula.

Sin embargo, como he referido, el trabajador considera que la lesión a su derecho al trabajo, le generan afectaciones que no considera suficientemente compensados con el cobro de la indemnización tarifada que le abonan por su despido. Y es que las afecciones materiales y económicas; así como, las aflicciones personales e inmateriales, que pueden sintetizarse en las producciones de daños (materiales e inmateriales**)** al trabajador, no se encuentran amparados por la norma laboral, contemplada en el artículo 38° D.S. Nro. 003-97-TR[31] y es que tampoco tendría por qué estarlo, si se tiene presente

---

[30] **Artículo 31º**: El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un `lazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonablemente tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causas relacionadas con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás dderechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito. Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el Artículo 32º, debe observarse el principio de inmediatez.

Artículo 32º: El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese.
Si el trabajador se negara a recibirla le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos.

El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido. Sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite.

[31] **Artículo 38º:** La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba.

la función que cumple jurídicamente la indemnización, la cual difiere enormemente del resarcimiento, ya que en éste último sí corresponde una reparación integral de los efectos adicionales causados por el despido, si se tiene en cuenta que éste no solo ocasiona la finalización anticipada de la relación laboral, la misma que debió permanecer hasta la finalización del plazo establecido (en caso de un contrato modal) o hasta que cesen las causan que dieron origen a la prestación de trabajo (en caso de un contrato a tiempo indeterminado), contraviniendo abiertamente no solo el **Principio de continuidad**, sino que además, admitir solo una indemnización tasado como consecuencia única para el empleador, constituye la realización de una interpretación restrictiva de los derechos contenidos en los artículos 22° y 27° de la Constitución Política del Perú[32], teniendo en cuenta la doble dimensión del trabajo como derecho y deber del trabajador y el otorgamiento por ello, de adecuada protección contra el despido arbitrario; en tal sentido cabe preguntarse ¿cuál esa adecuada protección? ¿una indemnización tasada se constituye en adecuada y sobre todo en suficiente? ¿qué aspectos del daño cubre una indemnización de esta naturaleza?

Teniendo en cuenta que el despido injustificado o ilegal, tiene su origen en el incumplimiento injustificado, por parte del empleador, de sus obligaciones legales laborales, ello constituye en otras palabras, la inejecución de sus obligaciones contractuales, por lo que correspondería correlacionarle las consecuencias propias de la responsabilidad contractual, luego obviamente de hacer la verificación de los elementos de tipicidad, nexo causal, factores de atribución y daños, independientemente del pago de la indemnización prevista en el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; solo así, estimo que, se verá el trabajador adecuadamente reparado en forma integral por la afectación causada por el empleador, siempre y cuando, este resarcimiento esté orientado a los daños ocasionados efectivamente por el despido, pero lesionando derechos distintos al derecho del trabajo, cumpliéndose el mandato constitucional de una adecuada protección contra el despido arbitrario en su máxima expresión.

VIII. Diferencia entre Indemnización y Resarcimiento

Habiendo abordado la naturaleza jurídica de la indemnización y la del daño, corresponde ahora dejar claramente establecida la diferencia existente entre uno concepto, a partir de lo cual será más fácilmente comprender la dimensión de la indemnización tarifada prevista ante la lesión al derecho al trabajo; y, la posibilidad o no, de percibir un resarcimiento proveniente de una indemnización civil.

[32] **Artículo 22º:** El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.
Artículo 23º: La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Para cumplir esta finalidad voy a reproducir el marco teórico, de la Tesis de Héctor Augusto Campos García[33]; quien realiza un excelente análisis comparativo de ambas instituciones en función de diferentes criterios, a saber: (a) orden funcional, (b) estructural y (c) consecuencial.

> **"(a) Orden funcional**: Las instituciones analizadas (indemnización y resarcimiento) sirven para finalidades distintas. La indemnización sirve para eliminar o moderar el indebido incremento de un patrimonio en daño de otro, con lo que no es más que una compensación genérica; cumpliendo con ello una función «reequilibradora o reintegradora». Mientras que, el resarcimiento cumple una doble función. La primera, desde la perspectiva del agente emisor de la voluntad (el que genera el daño), cumple una función de reconstitución (o restauración) del patrimonio del lesionado.
>
> La segunda, desde la perspectiva de la víctima del daño, en sentido amplio, el restablecimiento de una situación perjudicada, por equivalente o en forma específica14, es decir, mantener el statu quo previo a la ocurrencia del daño.
>
> **(b) Orden estructural**: Esta diferenciación se da bajo tres ideas centrales:
>
> 1) Tienen fundamentos distintos. La indemnización no es una reacción inmediata al daño, el resarcimiento, sí lo es; ya que el daño es el presupuesto de la responsabilidad civil y éste de la obligación resarcitoria.
>
> 2) Punto de origen distinto. La indemnización u obligación indemnizatoria tiene como origen a la norma jurídica (supuesto de hecho); a diferencia del resarcimiento u obligación resarcitoria, en un hecho aquiliano.
>
> 3) Los criterios para tener en cuenta la procedencia o no de cada remedio es distinto. En la indemnización se recurre a la equidad,

[33] Tesis para obtener el Título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú: "La Responsabilidad Civil del solicitante de una medida cautelar por los daños que ocasione su actuación sobre la situación jurídica del afectado en el contexto del proceso civil peruano" de CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. Sustentada el 12 de abril de 2012, con mención "Sobresaliente", ante: Hugo Forno Flores (Presidente), Leysser León Hilario (Crítico) y Giovanni Priori Posada (Asesor), citada por **Renzo Salvatore Monroy Pino**, en *"Viendo más allá de la falsa sinonimia entre el "Resarcimiento" e "Indemnización". A propósito de la negación de la tutela resarcitoria en la ley de productividad y competitividad laboral"*. En:file:///G:/Responsabilidad%20Civil/Indemnización%20y%20Resarcimiento%20Viendo%20mas%20alla,%20de%20la%20indemnización%20laboral%20-%20Renzo%20Monroy%2019.10.16.pdf (visitado el 2 de diciembre del 216)

mientras que en el resarcimiento se recurre al criterio de imputación (subjetivo u objetivo), para que con el análisis del resarcimiento se le impute un daño a un sujeto.

Estos tres criterios, indican que para establecer una obligación indemnizatoria, no se atiende a los elementos de la responsabilidad civil, aún en ausencia de ellos (daño –daño evento y daño consecuencia-, relación de causalidad y criterio de imputación), de igual modo surgiría esta.

(c) Orden Consecuencial: Este orden atiende a un doble aspecto:

1) A la cuantía de la suma de dinero: En el caso de una obligación indemnizatoria, prescinde de la adecuación al daño, e inclusive puede ser menor al daño (de ser el caso que exista); mientras que en el caso de la obligación resarcitoria la cuantía es en razón, exclusivamente, del daño.

2) Al diferente alcance de los remedios aplicables en función a si estamos frente a un supuesto generador de indemnización o resarcimiento: Cuando estamos frente a una obligación indemnizatoria solo cabe una compensación dineraria por equivalente; mientras que, cuando estamos frente a una obligación resarcitoria, su objeto (reparación del daño) puede consistir en un resarcimiento (que establece una situación económicamente equivalente a la que comprometió el daño producido –reparación por equivalente-) o una «reintegración en forma específica» (que es aquella que crea una situación «materialmente» correspondiente a la que existía antes de producirse el daño, aunque nunca se cancele el daño del mundo de los hechos)”

IX. ¿COMPATIBILIDAD ENTRE INDEMNIZACIÓN Y RESARCIMIENTO EN CASO DE DESPIDO ARBITRARIO?

Como ya he referido a lo largo del presente artículo, producido el despido injustificado o arbitrario de un trabajador, el artículo 38º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral ha previsto como única consecuencia, el pago por parte del empleador de una indemnización equivalente a un sueldo y medio por cada año de servicios, con un tope de 12 remuneraciones ordinarias, cuyos meses y días deben ser considerados en forma proporcional.

Sin embargo, conforme lo indicáramos en las consideraciones preliminares, se entiende que constituye la única consecuencia legal ante el incumplimiento de la

obligación del empleador de despedir basado en una causa justa de despido, excluyendo la posibilidad de exigirse adicionalmente una indemnización por daños y perjuicios por el mismo hecho; por lo que debemos responder a donde va dirigida la indemnización tasada prevista por ley; y si ésta, cubre aspectos del daño en su fase inmaterial o no patrimonial por efecto del despido. Así, en este sentido, Vásquez Vialard sostiene que:

> "La circunstancia de que la Ley ha establecido una indemnización tarifada, ha llevado a la mayoría de la doctrina a interpretar que la totalidad de los daños provocados por la rescisión incausada del contrato de trabajo declarada por el empleador, quedan cubiertos con la percepción de aquélla"[34] Sin embargo, este autor también prevé circunstancia en las que sí resulta posible el otorgamiento de una indemnización adicional."

En tal sentido, deben considerarse criterios de distintas naturaleza para determinar la posibilidad de su referencia y tránsito por una indemnización adicional que cubra el daño moral no cubierto por una indemnización tarifada, dentro de los cuales deben conceptualizarse la existencia o no de una estabilidad absoluta o relativa, así como en cada caso, si se acreditan consecuencia extraordinarias que exceden de la que ordinariamente ocasionan propiamente el despido y que precisamente se relacionan con la afectación a los derechos fundamentales del trabajador; por lo que a estos efectos, presentaré las diferentes corrientes en favor y en contra de una compatibilidad entre la indemnización tarifada y el resarcimiento civil como consecuencia del despido arbitrario.

1. Teoría Negatoria

Esta teoría niega la reparación extra tarifada del daño moral, la postura más representativa de ella la encontramos en Mario L. Deveali[35], quien considera que establecida por ley una indemnización fija, ella jamás debía contemplar el mayor daño moral resultante por el despido (por abarcar obviamente el daño moral), cerrándose la posibilidad de una reparación adicional por este concepto. Por su parte Ernesto Krotoschin, en este mismo sentido indica: "Debe advertirse también que al admitir la reparación, por separado, del agravio moral en los casos de despido arbitrario, se introduciría una inseguridad jurídica de imprevisibles consecuencias"[36]

2. Teoría Híbrida

---

[34] **VAZQUEZ VIALARD, ANTONIO.** "La responsabilidad en el derecho del trabajo". Editorial Astrea. Buenos Aires, 1988, p. 703

[35] **Deveali, Mario L.** "Indemnización por despido y facultades judiciales. DT. 1948, p. 26.

[36] **Krotoschin**. "Dos planteos distintos relativos al daño moral", citado por Ernesto E. Martorell "Indemnización del daño moral por despido". Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1994, p.146.

Tiene como principal defensor al autor argentino Horacio de la Fuente[37], quien entiende que la tarifa legal no es un mínimo provisorio susceptible de ser incrementado en función de la conducta del empleador, sino el único resarcimiento que le corresponde percibir al trabajador como consecuencia del distrato, conforme lo dispone la ley; siendo que admitir lo contrario implicaría desvirtuar el régimen legal, asentado sobre la indemnizaciones rígidas que se aplican objetivamente a todas las situaciones en que medie un despido arbitrario. Agrega a ello que el despido incausado se presenta como el único incumplimiento en que incurre el empleador al concluir la vinculación; en ese caso, la única consecuencia desfavorable que deberá afrontar como producto de su ilícito será el pago de la tarifa legal, sea cual fuere el daño ocasionado al trabajador por la pérdida del empleo; sin embargo, cuando el despido aparece rodeado de actos ilícitos o incumplimientos contractuales, que pese a tener conexión con aquel, son distintos e independientes, por ello si se aceptara solo la indemnización tasada, quedarían impunes diversas inejecuciones obligacionales conexas al despido e incumplimientos de deberes de conducta, los cuales pueden ser considerados actos ilícitos *strictu sensu.* Por ello dicho autor considera necesario hacer una distinción entre el acto extintivo puro (entiéndase por el al despido), en cuyo caso sus consecuencias son íntegramente cubiertas por la tarifa legal, de los otros incumplimientos, en cuyo último caso le corresponden las consecuencias del régimen contractual o extra contractual de responsabilidad civil, según sea la esfera en que ocurrieran.

3. Teoría de la aceptación

Sostiene que las indemnizaciones tarifadas que señala la normatividad laboral, no cubren los daños extramatrimoniales que pudiere sufrir el trabajador como consecuencia del despido arbitrario, sino únicamente los daños materiales o patrimoniales. Esta teoría defendida por autores argentinos tales como Gabriel Binstein y Guillermo Gil Navarro se basa en el principio de la “sanción ejemplar”, en el sentido que la función de la condena no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor, dado que sería inmoral sostener que el lesionado se consuela del atentado, con la indemnización percibida del autor del ilícito[38].

4. Teoría de daños extra contractuales

Cuyo principal exponente lo encontramos en Antonio Vázquez Vialard[39], quien sostiene que el pago de indemnización tarifada no es obstáculo para el reclamo de otras que sean debidas por título jurídico, pero su naturaleza no será contractual sino extracontractual, en casos tales como el daño moral provocado por la imputación falsa de un hecho delictivo, o por la difusión de la causa de la resolución contractual en los

[37]**De la Fuente, Horacio. "**Indemnizaciones tarifadas y extinción del contrato de trabajo". Buenos Aires, 1978. pp. 516 y ss.

[38]**Martorell, Ernesto E.** *“Indemnización del daño moral por Despido”.* Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1994. p.41-42

[39] **Vásquez Vialard, Antonio.** *“Derecho del Trabajo y seguridad social”.* Editorial Astrea. Buenos Aires, 1979. p.395

ámbitos en los que el trabajador se desenvuelve en todos aquellos ilícitos que le provoquen un daño extra. Agrega este autor que, cuando el empleador ejerce su facultad de rescindir arbitrariamente la relación contractual, lo que es una actuación permitida, se ve penalizada por el pago de la tarifa legal, la que cubre íntegramente los daños que tal proceder patronal causa al trabajador; sin embargo cuando se da un "despido abusivo", se da un "exceso de actuación" en el proceder del empleador, el que causa un daño que no se justifica, y que –como consecuencia "anormal" del despido- no se encuentra cubierto por la indemnización de cesantía, generando, en consecuencia, una reparación accesoria que subsana el daño "extra" causado; sin embargo, esta última violación constituye un caso de ilícito extracontractual ya que su relación con el contrato es solo externa, "no hay más que una coincidencia en el tiempo".

5. Teoría de la procedencia por ruptura Abusiva del Contrato de Trabajo

Ernesto Martorell[40], señala que cuando la conducta patronal es irrazonable generalmente estamos frente a un "ejercicio abusivo" de los derechos concedidos por la ley, el que escapa a la cobertura tarifada, atentando contra el principio de la buena fe, si se tiene en cuenta que dentro del ámbito del derecho laboral, éste actúa como "standard" que determina la predicción de las conductas humanas razonables, en cuanto han sido pautadas por el sistema social. Señala que la indemnización tarifada comprende todos los daños originados por el despido incausado, ello funciona como norma que debe reconocer una excepción. Teniendo en cuenta que la tarifa legal es la consecuencia negativa de una conducta antijurídica (despido arbitrario), entiende que al producirse el "despido abusivo" de un trabajador, nace un ilícito generador de un daño adicional que no encuentra cobertura dentro del ordenamiento laboral, razón por la cual es lógico deducir que demostrados los daños accesorios causados, se deberá una reparación "extra".

6. Teoría de la excepcionalidad

Esta es mi propuesta, la cual se encuadra dentro de las teorías híbridas; es decir, que parte de la idea que la indemnización civil adicional a la tarifada es procedente, pero solo bajo determinadas condiciones, que paso a exponer:

a) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Cuando el **artículo 34°** del Decreto Supremo 003-97-T.R., T.U.O del D. Leg. N° 728, estipula que "Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido", debe entenderse, sin lugar a duda, que este pago constituye la única indemnización por la pérdida o lesión al derecho del trabajo.

b) **Indemnización y resarcimiento**: Lo antes expuesto tiene su base teórica en la naturaleza jurídica de la indemnización, teniendo en consideración que ésta se diferencia en función a criterios de orden funcional, estructural y consecuencial, como

[40] **Martorell, Ernesto E.** Ob. cit. p.172-173

hemos tratado, en extenso, en el apartado 3.4, los cuales resumiendo para este efecto: **indemnización** es una compensación genérica que no se produce en forma automática sino a través de la norma jurídica, en el que se recurre la equidad en la que se prescinde de la adecuación al daño, pudiendo ser menor al mismo. Por el contrario, en el **resarcimiento**, cumple la función de restaurar el patrimonio del lesionado como reacción inmediata al daño, ya que éste es un presupuesto de la responsabilidad civil, pues parte de un hecho aquiliano, con criterio de la imputación subjetiva; considerando para su cuantificación una suma equivalente para devolver al sujeto lesionado, una situación material correspondiente a la que había antes de producirse el daño.

c) Indemnización tarifada, única reparación: Bajo esta perspectiva, al haber optado la norma por una indemnización tarifada, debemos entender que con su pago, calculado bajo el criterio de la antigüedad del trabajador, la ley ha considerado cubiertos todos los aspectos previstos y no previstos por la afectación del derecho al trabajo, aún incluso, cuando no hubiera ningún perjuicio de por medio, es una sanción legal pre establecida a la conducta antijurídica del empleador, que no se basa en criterios subjetivos, ni el daño producido, ni el restablecimiento del status quo previo al despido; por lo que resulta válido afirmar que es la única reparación económica ante un despido arbitrario, resultando incompatible la solicitad de un resarcimiento adicional (indemnización civil) por el mismo daño, es decir la lesión al derecho del trabajo.

d) Excepcionalidad: Sin embargo, es a todas luces innegable e incontrovertible que el despido es un hecho pluriofensivo; pues al producirse éste como efecto de la ilegal decisión del empleador, pueden verse lesionados otros derechos de naturaleza distinta al derecho al trabajo, pero solo serán resarcidos en forma adicional e independiente a la indemnización tarifada, cuando los derechos lesionados son de tal índole y especialísimo reconocimiento jurídico, que han merecido reconocimiento de derechos fundamentales; y sin embargo, conviven pacíficamente dentro de la relación laboral; estos son los denominados derechos inespecíficos (Derechos a la vida, a la dignidad, a la salud física y moral, al honor, a la buena reputación, a la igualdad, la reserva de sus comunicaciones, al derecho a la seguridad social, a la jubilación, entre otros.), caso contrario, un daño menor, debe entenderse comprendido dentro de la indemnización tarifada.

e) Responsabilidad Contractual: En correlato a lo expuesto precedentemente, queda planamente explicado el por qué la indemnización tarifada dispuesta por el artículo 34° de la LPCL no se encuentra prevista para compensar económicamente al actor por estos daños adicionales a la lesión del derecho del trabajo; por lo que apelando a lo establecido en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú: "(...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador", el trabajador queda legalmente habilitado para ejercer su derecho de acción en busca de un resarcimiento por estos últimas afectaciones, como resultado de un mismo hecho: el despido.

Para ello corresponderá solicitar una indemnización por daños y perjuicios por inejecución de obligaciones dentro del ámbito de la **responsabilidad Contractual**, partiendo del hecho evidente de que entre ambas partes: empleador y trabajador ha existido un vínculo jurídico previo, conocido como contrato de trabajo, cuya extinción se ha dado fuera del contexto de las causas justas de despido, constituyendo las afectaciones a su término, derivados de las prestaciones cumplidas por el trabajador e incumplidas por el empleador.

f) Abuso del derecho: A este respecto, autores ya referidos como Gamonal y Martorell, basan sus hipótesis, fundamentalmente, en la teoría del ejercicio abusivo del derecho, que para el caso que nos ocupa, el empleador se extralimita en el derecho que le franquea la ley, por cuanto constituye una atribución del mismo extinguir la relación laboral, que basadas en la inobservancia de las causas justas previstas por ley, este ejercicio se convierte en abusivo por cuanto viola esencialmente el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo.

De ello, nótese que en el abuso del derecho, el reproche jurídico recae únicamente en la menor o mayor gravedad de la conducta desarrollada por el empleador, la cual graduará la consecuencia que éste deberá asumir, por ello cuando solo constituye una inobservancia legal y no una actuación dolosa y/o desleal, aquella se encontrará inmersa dentro de la indemnización tarifada.

Considero que esta postura es totalmente errónea, teniendo en cuenta que si lo que el actor busca es un resarcimiento en el ámbito de la responsabilidad contractual, resulta irrelevante la conducta del empleador en sí misma para determinar la procedencia o no del daño, basta que el trabajador pruebe que éste se haya producido para que dé lugar a una indemnización; por lo que el despido con ejercicio abusivo del derecho, no resulta materia de análisis para la determinación de la existencia del daño, si se tiene en cuenta demás, que la referida indemnización se produce por la inejecución de una obligación o su ejecución tardía, defectuosa, siendo el actuar del empleador analizado como elemento de imputación a título de dolo, culpa inexcusable o culpa leve o el acreditado necesarios para la determinación del quantum y alcances del daño, más no configura elemento necesario para la existencia del daño a derechos distintos y adicionales al derecho del trabajo.

X. CONCLUSIONES

Debe considerarse en primer lugar, que Constitución Política del Perú, establece en el **artículo 22°** que: ***"El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona"*;** razón la cual el legislador emite una garantía constitucional en sintonía con esta concepción principista y filosófica, contenida en su **artículo 27°:** ***"La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".***

Existencia de compatibilidad jurídico-legal entre el abono de una indemnización legal-tasada por despido y el pago de una indemnización por daños y perjuicios por inejecución de obligaciones (Responsabilidad Civil), que repare al trabajador, el daño inmaterial originado por este mismo hecho (despido).

El empleador tiene deberes que observar y cumplir respecto de su trabajador que se ven violentados con su inobservancia siendo uno de ellos, el cese no basado en causa justa; el mismo que, en casos determinados, produce lesiones de tal gravedad que trascienden la indemnización tarifada, violándose uno o varios de los derechos fundamentales del trabajador, distintos al derecho al trabajo; por lo que en esos casos,

excepcionalmente debe aceptarse la necesidad de una indemnización adicional que cubra el daño moral producido.

Finalmente, mi posición se fundamenta en un contexto normativo y doctrinario distinto, en el que debe privilegiarse la existencia del daño producido al trabajador y no la conducta del empleador, todo ello si tenemos como visión que Constitución Política del Perú, establece en el **artículo 22°** que: ***"El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona"*****;** razón la cual el legislador emite ésta garantía constitucional en sintonía con la concepción principista y filosófica, contenida en su **artículo 27°:** ***"La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario"*****,** siendo ésta la finalidad a la que todos debemos aspirar y materializar.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL (CONTRACTUAL) EN LAS RELACIONES LABORALES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CASATORIA EN EL PERÚ

ANA CECILIA CRISANTO CASTAÑEDA*

I. INTRODUCCIÓN

En el marco del VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se nos ha propuesto el tema de la Responsabilidad Civil en las Relaciones Laboral. Se trata de una materia en constante evolución. Hace 15 años por ejemplo manteníamos el debate jurídico sobre la naturaleza contractual o extracontractual del incumplimiento del empleador en las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo[1]. Actualmente, tanto la doctrina científica como en la jurisprudencia casatoria, aceptan pacíficamente que se trata de una responsabilidad de tipo contractual. Hace más de 10 años también, los juzgados de trabajo se consideraban no competentes para resolver demandas de indemnización de daños morales, por tratarse de una materia de naturaleza civil. El año 2005 la Corte Suprema corrige este criterio a través de un precedente de observancia obligatoria[2]. En fin, hoy la Nueva Ley Procesal del Trabajo[3], señala expresamente la competencia de los juzgados especializados para resolver demandas de "Responsabilidad patrimonial y extrapatrimonial" (art. 2.1.b).

---

* Profesora Ordinaria de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social – Universidad de Piura. Doctora en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos (España). Abogada Laboralista. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Email: anacecilia.crisanto@udep.pe

[1] Tal debate consta en un riguroso trabajo de CORTÉS CARCELÉN, J.C.; "Responsabilidad Empresarial por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales", *Diálogo con la Jurisprudencia*, Vol. 8, N° 43, Gaceta Jurídica, 2002, pp. 29-36.

[2] Casación Laboral N° 2887-2005-Tumbes, de 26 setiembre 2005.

[3] Ley 29417, Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Se trata de una materia nacida en el Derecho Civil que debemos adaptar a la realidad y normativa laboral. Por otra parte, la responsabilidad civil en el ámbito laboral, abarca una extensa y variada temática, difícil de abarcar de manera completa en un trabajo como este. Así optamos por desarrollar esta investigación a la luz de la jurisprudencia casatoria. Con ello verificamos cómo se aplican los postulados teóricos y las normas sobre la materia en la realidad; además establecimos un hilo conductor común y finalmente acotamos la materia de estudio. Hicimos una revisión de las sentencias más relevantes de los últimos 2 años. Nos encontramos con al menos diez temas que podríamos comentar. Decidimos entonces elegir las materias que exigieran aplicar categorías civiles a la relación laboral. Por otra parte, hemos dejado fuera la interesante discusión generada por el Pleno Jurisdiccional Laboral de setiembre de este año (2018) sobre la naturaleza remunerativa o no de la reparación por el periodo no laborado; y, sobre los daños punitivos, por ser asuntos que amerita un desarrollo exclusivo.

Hemos dividido la ponencia en dos partes. En la primera se presentan las interrelaciones generales entre el Derecho Civil y el Laboral, a propósito de la responsabilidad por daños. Aquí ya mencionamos algunas cuestiones observadas en la jurisprudencia casatoria. En la segunda parte, analizamos las peculiaridades que se evidencian cuando se acude a las normas o a las categorías civiles de responsabilidad por daños para aplicarlas al ámbito laboral.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL Y DERECHO DEL TRABAJO

1. Justificación de la escasa regulación de la indemnización por daños y perjuicios en las normas laborales:

En el tema que nos ocupa, es pertinente recordar que el Derecho del Trabajo nació para apartarse del Derecho civil que, basado en el principio de autonomía de la voluntad y en la igualdad de las partes, era insuficiente para regular una relación subordinada[4]. Cuando se aplicó el principio de libertad contractual a las relaciones de trabajo, fue negativo el resultado: salarios bajos, jornadas prolongadas, altos niveles de siniestralidad laboral, entre otros. En la relación de trabajo hay una desigualdad subyacente que exige más bien limitar la autonomía negocial para proteger al trabajador[5].

Nace así el Derecho del Trabajo como Derecho especial, con carácter tuitivo, centrándose en los aspectos propios de la dinámica empresarial o laboral (salario mínimo, tope de jornada, alcance de descansos, límites para la extinción contractual, etc). Por ello, se entiende que para el tema de la responsabilidad por daños apenas existan disposiciones sobre la materia en los ordenamientos laborales, incluido el nuestro. De todas formas, sí se recogen los supuestos más frecuentes e importantes.

---

[4] NEVES MUJICA, J. *Introducción al Derecho del Trabajo*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009, p. 9.

[5] MANGARELLI, C. "El Derecho del Trabajo y su relación con el Derecho Civil", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 7, julio-diciembre, 2008, p. 107.

Básicamente nos referimos a la indemnización por despido (arts. 38 y 76 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en adelante, LPCL[6]), para los casos de despido arbitrario, despido indirecto y despido nulo (si no se opta por la reposición). Otro supuesto es la reparación del daño a los trabajadores que dentro del año posterior a un cese colectivo, no fueran llamados por la empresa que desea contratar personal nuevamente (art. 52 LPCL). En este caso, se aplican las reglas de cálculo del despido arbitrario (art. 38 LPCL). Por otra parte, se prevé la indemnización (equivalente a una remuneración) por falta del goce oportuno del descanso vacacional (art. 23.c) D. Leg. N° 713[7]). Todas ellas son indemnizaciones tasadas y objetivas propias de las normas tuitivas del Derecho Laboral. En estos casos el trabajador recibe la indemnización sin tener que probar los daños y perjuicios, porque estos se presumen *iure et de iure*, eso sí, con el alcance fijado por la ley[8]. Incluso el trabajador recibe tales indemnizaciones aunque no haya sufrido daños.

Por otra parte, la norma laboral califica como faltas graves del trabajador, conductas de las que derivan daños y perjuicios para el empleador, como: la competencia desleal; los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador; la apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia; entre otros (art. 25 LPCL). En tales casos el empleador puede solicitar la retención de la Compensación por Tiempo de Servicios del trabajador a resueltas del juicio sobre reclamación de los daños ocasionados, que en todo caso debe iniciar dentro de los 30 días posteriores al cese del despido por falta grave (art. 51 Ley de Compensación por Tiempo de Servicios[9]). Finalmente, la Ley de Seguridad y Salud en Trabajo permite al trabajador solicitar de manera una indemnización por daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, por el incumplimiento culposo del deber de prevención del empleador (sobre lo que hablaremos más adelante).

En todos los demás casos no previstos expresamente por la norma laboral, lo que corresponde es acudir a las normas del Código Civil. Pues todo incumplimiento doloso o culposo de las obligaciones laborales que generen un daño relevante debe indemnizarse[10].

2. Reglas de compatibilidad entre las normas civiles y laborales:

---

[6] D.S. Nº 003-97-TR, Texto único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

[7] Ley sobre Descansos Remunerados de los trabajadores sujetos al Régimen Laboral de la Actividad Privada.

[8] SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 109.

[9] Decreto Supremo Nº 001-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios.

[10] SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 160.

En este ámbito tienen importancia, el principio de especialidad (*lex specialis derogat generali*) de las normas laborales y las reglas de supletoriedad del Derecho Común.

Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico, el Derecho Civil (u otra rama del Derecho) prestará su ayuda al Derecho del Trabajo, según las siguientes pautas[11]:

a) Se aplicará el Derecho Común, ante la presencia de un vacío normativo laboral, es decir, cuando una cuestión concreta no esté resuelta por una norma, concepto o principio del Derecho del Trabajo.

Visto desde otra perspectiva. Si existe norma, principio o concepto laboral que prevea una solución concreta debe aplicarse esta aunque la norma común parezca "la más favorable"[12]. Esto en atención al carácter de Derecho especial del Derecho del Trabajo. Se aplica entonces el principio de especialidad.

Aunque en esta investigación no se desarrolla el tema de la indemnización por daños y perjuicios, solicitada de manera adicional a la legalmente tasada, en casos de despidos irregulares (arbitrarios, incausados, fraudulentos). Coincidimos con autorizada doctrina nacional, en que procede solo para casos de despido pluriofensivos, es decir, despidos manifiestamente dañosos[13]. En estos casos, no se vulneraría el principio de especialidad. Pues se trata en definitiva de una indemnización para un supuesto distinto al regulado en el art. 34 LPCL. En ese sentido, se puede afirmar que para tal indemnización adicional, no hay regulación expresa en la ley laboral, por lo que deberán aplicarse las normas sobre responsabilidad contractual del CC (verificando los elementos de responsabilidad civil).

b) La segunda regla es la siguiente. Al aplicar las normas civiles no deben vulnerarse normas, concepto o principios del Derecho Laboral.

Esta segunda regla exige que al aplicar el Derecho Civil en el ámbito laboral, aquel se adapte a la realidad laboral sobre la que deba aplicarse. De ahí, que la doctrina científica cilivista y laboralista, defienda la adaptación del estándar de diligencia exigido al empleador en el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Esto se defiende sobre todo al analizar el cumplimiento del deber de prevención de la seguridad y salud de los trabajadores, pero cabe aplicar para cualquier ámbito de cumplimiento laboral. Se habla del "empresario (o empleador) prudente" y no simplemente del "buen padre de familia" u "hombre prudente", que son las categorías usadas en el ámbito civil[14].

---

[11] MANGARELLI, C. "El Derecho del Trabajo y su relación con el Derecho Civil", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 7, julio-diciembre, 2008, pp. 108-111.

[12] Frente a una norma general y otra especial, el principio aplicable es el de especialidad y no el de "norma más favorable". NEVES MUJICA, J. *Introducción al Derecho del Trabajo*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2007, p. 162.

[13] TOYAMA MIYAGUSUKU, J.; HIGA GARCÍA, A.; "Las demandas por daños y perjuicios derivadas de un despido", *Soluciones Laborales*, N° 68 / Agosto 2013, pp. 17 y ss.

[14] Entre otros, OSTERLING PARODI, F. Y CASTILLO FREYRE, M. *Tratado de las Obligaciones*, vol. XVI, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003, PP. 1284 Y SS. , ALONSO OLEA, M., Derecho del Trabajo, 19va Ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 229. ARÉVALO VELA, J. "La responsabilidad civil del empleador por las

3. Necesario análisis de los elementos de responsabilidad civil en el ámbito laboral:

Por otro lado, la responsabilidad por daños es una institución propia del Derecho Civil por lo que la construcción jurídico-doctrinal y normativa la heredamos de esa rama del Derecho.

Esto significa que para atribuir responsabilidad por daños derivados de la relación laboral o vinculados a esta, debamos aplicar las categorías del Derecho Civil y las normas del Código Civil, salvo regla específica laboral. Deben analizarse por tanto todos los "elementos de responsabilidad" definidos por la doctrina civilista. Es decir: el daño, la antijuridicidad, nexo causal y factor de atribución.

En esa línea, la práctica totalidad de las sentencias casatorias mencionan estas categorías: "el primer elemento: el daño, es el menoscabo, el detrimento, la afectación que un sujeto sufre en su interés jurídico tutelado; además, que incide en las consecuencias que derivan de la lesión del interés; un interés jurídico que puede ser patrimonial (daño lucro cesante y daño emergente) y extrapatrimonial (daño a la persona en los casos de Responsabilidad extracontractual y daño moral en los casos de Responsabilidad Contractual); el segundo elemento: la antijuricidad, es el hecho contrario a la Ley, al orden público y las buenas costumbres; el tercer elemento: la relación causal, es el nexo que existe entre el hecho que genera un daño y el daño producido, este nexo es fundamental, porque a partir de aquí se determinará la responsabilidad; y finalmente: el factor atributivo de responsabilidad, de quien va a responder por la inejecución de las obligaciones por culpa inexcusable, culpa leve o por dolo"[15].

Cada uno de estos elementos debe concurrir al momento de atribuir responsabilidad, al empleador o trabajador, por el daño provocado. Ello debe reflejarse en el análisis del caso concreto, de lo contrario -como bien señala la Corte Suprema- se declarará la nulidad de las sentencias de instancia por falta de motivación suficiente con la consecuente vulneración del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva[16].

También se debe prestar atención a los supuestos en los que pese a existir un daño no puede atribuirse responsabilidad a la contraparte. Bien porque el deudor de la obligación -laboral- actuó con la diligencia debida (art. 1314 CC) o porque el daño tuvo como causa un infortunio (caso fortuito o fuerza mayor, art. 1315 CC) o porque el incumplimiento de la obligación ocurre por causas no imputables al deudor -laboral- (art. 1317 CC).

---

enfermedades profesionales de sus trabajadores", *Soluciones Laborales*, N° 83/Noviembre, 2014, p. 113.

[15] Casación Laboral N° 17621-2017- Lima Este, de 7 de junio de 2018 (FJ 5). También, entre otras, Casación Laboral Nº 2460-2015-Del Santa (FJ 8), Casación Laboral N° 16015-2014-Junín (FJ 2), Casación Laboral Nº 3289-2015-Callao, 19 enero 2017 (FJ 9).

[16] Tal como señala la Casación Laboral Nº 7695-2016-Lima, de 20 de marzo de 2018, en su FJ 8°: "… no se ha tenido en cuenta, que le corresponde al Juzgador analizar de forma individual cada elemento, sobre la base de los fundamentos expresados por las partes y a través de una valoración conjunta de los medios aportados al proceso".

Este análisis sobre la posible ausencia de responsabilidad, se observa sobre todo en casos de responsabilidad patronal por accidentes de trabajo o enfermedad profesional. En casi la totalidad de las sentencias analizadas se decide imputar responsabilidad por el evidente incumplimiento del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo, sin mediar una conducta diligente u otros hechos determinantes[17]. No obstante, existe un caso emblemático en el que podría defenderse la ruptura del nexo causal para excluir de responsabilidad al empleador, en un supuesto de robo a la empresa y muerte de uno de sus trabajadores como consecuencia del acto delictivo. El criterio casatorio es negar la ruptura del nexo causal e imputar responsabilidad civil al empresario. Consideramos que la Corte aplicó parámetros de la responsabilidad objetiva al empleador cuando no correspondía, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

4. La corriente unificadora de responsabilidad civil en la jurisprudencia casatoria laboral:

Un aspecto que heredamos del Derecho Civil es el debate -siempre actual, aunque nacido hace muchos años- sobre la unificación de la responsabilidad civil, que considera a la responsabilidad contractual o extracontractual como subtipos con diferencias solo accesorias[18]. Pese a los esfuerzos por justificar tal unificación y sea cual sea la postura que se tome, lo cierto es que las reglas para ambos tipos de responsabilidad tienen diferencias relevantes en el Código Civil, que deben respetar y aplicar los jueces laborales cuando corresponda. Cuestión que reconoce la Corte Suprema en alguna de sus sentencias[19].

---

[17] Casación Laboral N° 7994-2017- Ica, de 7 de junio de 2018 (FJ 12), Casación Laboral N° 8912-2017- Lima Este, de 3 de mayo de 2018 (FJ 8), Casación Laboral N° 23560-2017- Ica, de 22 de enero de 2018 (FJ 16), Casación Laboral N° 5978-2016- Lima, de 18 de octubre de 2017 (FJ 11), Casación Laboral N° 3289-2015- Callao, de 19 enero 2017 (FJ 11), Casación Laboral N° 6047-2015- Ica, de 6 de marzo de 2018 (FJ 5), Casación Laboral N° 16015-2014- Junín, de 11 de agosto de 2016 (FJ 8).

[18] ESPINOZA ESPINOZA, J. defiende la postura unificadora aunque propone una parte general común a la responsabilidad civil contractual y extracontractual y, además, con una parte específica que regule aspectos particulares como la mora o la cláusula penal en la responsabilidad contractual. ESPINOZA ESPINOZA, J. "Tratamiento sustantivo y procesal de la concurrencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual", en: SOTO COAGUILA, C.; DE TRAZEGNIES GRANDA, F.; PANTALEÓN PRIETO, F.; LORENZETTI, R.L. *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual ¿Es posible y conveniente unificar ambos regímenes?*, Jurivec, Lima, 2015, pp. 133-134.

[19] Casación Laboral N° 4258-2016-LIMA, 30 enero 2017 (FJ 8): "Hoy en día la doctrina moderna es casi unánime en postular que la responsabilidad civil es una sola, existiendo solamente diferencias de matices entre la responsabilidad contractual y la extracontractual… A pesar que la división de la responsabilidad antes señalada es recusada por la doctrina, nuestro Código Civil actual se adhiere a la división tradicional, por ello se ocupa de la responsabilidad civil de carácter contractual en el Título IX de la Sección Segunda del Libro VI bajo el epígrafe "Inejecución de Obligaciones", dejando que la Sección Sexta del Libro VII bajo el título de "Responsabilidad Extracontractual" regule este segundo tipo de responsabilidad."

Por ejemplo, como bien explica De Trazenigs[20], el factor de atribución exigido para imputar responsabilidad por daños es distinta en la responsabilidad contractual y en la extracontractual -no objetiva-. Cuando se trata de esta última basta con la existencia de dolo o culpa para responder por todos los daños sufridos (art. 1969 CC), no hay graduación para determinar cómo se va a responder. En el caso de la responsabilidad contractual en cambio, si se determina que la culpa del empleador es leve, "el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída" (art. 1321 CC). Cuestión distinta es que la naturaleza de la relación laboral convierta al empleador en un deudor cualificado, quedando en términos generales poco margen para la culpa leve ante el incumplimiento de sus obligaciones laborales. Cuestión que desarrollamos en la segunda parte de este trabajo.

Sobre tema, se observa que la Corte Suprema se pliega a la tendencia unificadora, para la delimitación del concepto de daño moral. En concreto, aplica los arts. 1322 y 1984 CC -responsabilidad contractual y extracontractual respectivamente- sobre daño moral, para un caso de responsabilidad contractual laboral:

> "se debe precisar que el concepto de daño moral, previsto en el artículo 1322° del Código Civil, debe ser interpretado en concordancia con el artículo 1984 del mismo código sustantivo, toda vez que tratan de un mismo concepto; motivo por el cual, se debe tener presente la magnitud y el menoscabo de la víctima, para fijar el *quantum* indemnizatorio."[21]

Los textos normativos son los siguientes:

> "Artículo 1322º.- Indemnización por daño moral
>
> El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento."
>
> En este precepto no se define el daño moral, solo ordena su resarcimiento cuando haya existido.
>
> "Artículo 1984º.- Daño moral
>
> El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia".

Este artículo del CC si bien tiene una redacción genérica, señala algunas pautas para el cálculo de este tipo de daño.

---

[20] DE TRAZEGNIES GRANDA, F.; "¿Igualando lo desigual?, en: SOTO COAGUILA, C.; DE TRAZEGNIES GRANDA, F.; PANTALEÓN PRIETO, F.; LORENZETTI, R.L. *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual ¿Es posible y conveniente unificar ambos regímenes?*, Jurivec, Lima, 2015, pp. 36-37.

[21] Casación Laboral Nº 8912-2017-Lima, de 3 mayo 2018 (FJ 12).

Consideramos que se trata de dos preceptos del CC que pueden complementarse, sin provocar arbitrariedades. La finalidad es determinar el *quantum* indemnizatorio, siempre teniendo en cuenta las circunstancias concretas del incumplimiento -en este caso contractual- laboral.

También se aprecia la tendencia unificadora de responsabilidad. Cuando la Corte Suprema aplica un precepto de responsabilidad extracontractual, invocada por el empleador para alegar la ruptura del nexo causal en un caso calificado por la misma Corte como de responsabilidad contractual. Se trata del art. 1972 CC aplicable además a los casos de responsabilidad extracontractual objetiva:

> "En los casos del artículo 1970 [responsabilidad por riesgo], el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño."

Se trata de un supuesto en el que fallece personal de seguridad (desatacado por una contratista), producto de un atentado realizado por un grupo de delincuentes armados. La empresa empleadora alegó el "hecho determinante de tercero" (art. 1972 CC), argumento que fue rechazado por el voto en mayoría de la Corte Suprema, no por tratarse de un precepto ubicado en la sección de responsabilidad extracontractual, sino por considerar que la empresa no actuó con la diligencia exigida en el caso concreto[22].

El debate no está cerrado ya que un Voto en minoría, aclara respecto al art. 1972 CC que "dicha norma jurídica… se aplica solo para los casos de responsabilidad extracontractual, lo que no ocurre en este proceso, pues el tema materia de controversia es de naturaleza contractual…"[23].

Creemos que, en la medida que el hecho determinante de tercero puede equiparse a la fuerza mayor, prevista en el art. 1315 CC para eximir de responsabilidad contractual. No altera significativamente el resultado final del caso ni ha provoca indefensión para alguna de las partes.

III. PECULIARIDADES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES LABORALES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

A continuación destacaremos aquellos aspectos de la responsabilidad civil que se aplican y adaptan a las particularidades de las relaciones laborales o sus normas.

1. Plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios:

Respecto a los plazos de prescripción existen al menos tres normas invocadas en los casos analizados. Este aspecto tiene relevancia cuando la parte empleadora interpone

[22] Casación Laboral N° 11947-2015-Piura, de 30 de noviembre de 2015 (FJ 18 y 19).
23 Voto en minoría del Señor Juez Supremo Arévalo Vela, Casación Laboral N° 11947-2015-Piura, FJ 19°.

excepción de prescripción intentando que se apliquen los plazos más corto previstos en las normas (2 o 4 años).

La Ley N° 27321, es la norma vigente sobre el plazo de prescripción de las acciones derivadas de la relación laboral, en su artículo único señala:

> "Las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los 4 (cuatro) años, contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral."

Por otra parte, el art. 2001.1 CC, señala el plazo de 10 años para acciones personales, como es la de indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad contractual. Las acciones por responsabilidad extracontractual en cambio tienen un plazo de prescripción de 2 años (art. 2001.4 CC).

Dejamos constancia que la Corte Suprema aplica el plazo prescriptorio de 10 años y no el de 4 años de la ley laboral, pues considera que lo pedido no versa sobre el "pago de beneficios sociales que tiene naturaleza laboral, sino sobre el pago de una indemnización por daños y perjuicios, institución de naturaleza civil distinta a la laboral y regulada en nuestro Código Civil, por lo que nos encontramos frente a un reclamo orientado a una reparación o indemnización sobre supuestos daños y perjuicios"[24].

Coincidimos con los magistrados supremos en que el plazo de 10 años previsto en el Código Civil es el que debe aplicarse en el ámbito laboral. Pero no compartimos la idea de que se debe aplicar la norma civil porque la responsabilidad por daños es una institución de naturaleza civil, o lo que es lo mismo: nacida en ese ámbito del Derecho. Ya que con ese criterio no habría cabida para normas especiales que regulen materias que surgieron en el Derecho Civil.

Para no aplicar la Ley 27321, la Corte Suprema añade que "se debe tener en cuenta que la indemnización reclamada no es un derecho derivado de manera automática de la relación laboral sino del hecho invocado como perjuicio causado por la enfermedad… debiendo observarse entonces el plazo de diez años… en el artículo 2001° del Código Civil"[25].

En definitiva los magistrados supremos no aplican la Ley N° 27321 porque consideran que el plazo prescriptorio de 4 años es solo para acciones sobre "pago de beneficios sociales" y/o sobre "derechos derivados de manera automática de la relación laboral".

Debemos agregar que no corresponde aplicar la regla de: norma especial (laboral), deroga o desplaza a la general (Código Civil). Lo que ocurre aquí es algo distinto. No existe realmente norma laboral -especial- sobre la materia, por lo que se debe acudir de manera supletoria al Código Civil.

---

[24] Casación Laboral N° 12418-2015-Moquegua, de 4 abril 2017 (FJ 6)
[25] Casación Laboral N° 12418-2015-Moquegua, de 4 abril 2017 (FJ 7)

Analicemos la norma laboral (Ley N° 27321). En ella se señala expresamente como *dies a quo* para el cómputo del plazo prescriptorio: "el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral". Esto puede aplicarse cuando existe claridad sobre el derecho laboral vulnerado y lo que se desea reclamar (pago de horas extras, indemnización por vacaciones no gozadas, pago de utilidades, etc.). Aquí si bien ya ha nacido el derecho de acción desde el incumplimiento laboral del empleador -ocurrido durante la vigencia de la relación laboral-, el plazo de prescripción para ejercer tal derecho inicia "al día siguiente" de extinguido el vínculo. La lógica es proteger al trabajador, quien conoce desde antes lo que corresponde reclamar pero no se decidirá a hacerlo mientras dure su contrato. Eso sí, una vez extinguido el vínculo debe tomar la previsiones del caso pues tiene 4 años desde entonces para accionar.

En el caso de responsabilidad contractual por daños y perjuicios ocurre algo distinto. No siempre que existe incumplimiento laboral se conoce al mismo tiempo el daño o toda la magnitud del daño que se debe reparar y reclamar antes de culminado el vínculo laboral. Lo explicaremos con un ejemplo: Desde el año 1969 el empleador ha incumplido las normas de Seguridad y Salud en el trabajo en el ámbito minero, por lo que ya se está generando el daño al trabajador. Su vínculo laboral culmina en el año 2002, pero el diagnostico cierto de su enfermedad profesional (neumoconiosis e hipoacusia) se conoce en el año 2007. Es entonces que el trabajador conoce realmente el daño, si bien los síntomas de su enfermedad pueden ya haberse manifestado, puede haber realizado gastos médicos para aliviar sus dolencias, pero es ahora cuando se declara y conoce su invalidez permanente para el trabajo; y, que además el responsable de las consecuencias dañosas es el empleador. En este caso, han pasado 5 años después de la extinción del vínculo laboral, por lo que el plazo previsto en la ley ya se habría cumplido con el consecuente resultado injusto para el perjudicado. Injusto en el sentido de que no se interpuso la acción por dejadez o por falta de diligencia, sino por desconocimiento de la magnitud del daño sufrido.

Esta situación también puede ocurrir cuando el perjudicado es el empleador, pensemos en los "pactos de no competencia" post contractual cuyo cumplimiento o incumplimiento por parte del trabajador se verifica una vez culminado el vínculo laboral. En estos casos, aun cuando el incumplimiento pueda darse en un tiempo relativamente cercano a la extinción del contrato, recordemos que no se puede reclamar por responsabilidad contractual sin que exista daño. El empleador recién podría accionar cuando conozca el perjuicio y la dimensión de este, lo que puede ocurrir pasados los cuatro años previstos en la norma laboral.

Los casos expuestos permiten defender que la norma laboral sobre prescripción de la acción, no regula el caso peculiar de la responsabilidad por daños. En los que no siempre existe coincidencia temporal entre el incumplimiento de la obligación y el conocimiento del daño o la dimensión del daño por la parte de la víctima; lo que además, puede darse en un momento posterior a la extinción del vínculo.

En esa línea, la aplicación supletoria del art. 2001.1 CC, que prevee el plazo de 10 años para la acción de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato, debe

concordarse con el art. 1993 CC en el que se indica: "La prescripción comienza a correr desde el día en que pueda ejercitarse la acción y continua contra los sucesores del titular del derecho.". Consideramos que en este punto es trasladable un criterio jurisprudencial de Derecho Comparado, en el que se aclara que "solo se puede ejercitar la acción desde que se conoce el daño, y el conocimiento del daño implica que éste haya cesado, porque hasta ese momento no se puede fijar su alcance con total exactitud"[26].

Esta última precisión tiene especial aplicación para el caso de indemnización por daños y perjuicios derivados de un despido incausado o fraudulento en los que se optó por la reposición. En tales casos consideramos que el inicio del cómputo del plazo prescriptorio se daría al día siguiente de la reposición y no desde el despido, pues es entonces cuando se conoce el daño (sobre todo el lucro cesante y el daño emergente) con total exactitud.

Se deja constancia que la Corte Suprema no asume este criterio, "contabilizando a partir de la fecha en que ocurrió el hecho lesivo (despido)", es decir, verifica si han transcurrido 10 años desde el despido hasta la interposición de la demanda[27]. Interesa señalar, que en este caso, la Sala Superior inició el cómputo desde la reposición, aunque falló en la norma que debía aplicarse[28].

Respecto al inicio del cómputo del plazo prescriptorio para la acción de daños por enfermedad profesional, la Corte Suprema toma en cuenta como fecha de inicio, la "del informe de evaluación médica e incapacidad…, emitida por la Comisión Médica de Evaluación y Calificación de Invalidez"[29]. Señala la Corte que desde ahí empieza a contar el plazo de 10 años porque esa "es la fecha de la ocurrencia del supuesto de hecho o evento generador" de los daños solicitados, refiriéndose a la enfermedad profesional. Salvo mejor parecer, coincidimos en que debe tomarse en cuenta la fecha del informe de evaluación médica pero por una razón distinta. Porque esa es la fecha cierta del conocimiento del daño en sí mismo, es decir la enfermedad profesional, del que derivan todos los demás (daño moral, lucro cesante, daño emergente). Es más bien el incumplimiento culposo continuado de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador, el "hecho generador" de los daños.

---

[26] Sentencia del Tribunal Supremo Español (Civil) de 22 de noviembre de 1999. Disponible en la base de datos Westlaw, código de búsqueda: RJ 1999,8618. Comentando este criterio, SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. aclaran que debe entenderse nacida la acción desde el momento en que el agraviado conoce la lesión de su derecho y el consiguiente daño provocado; sin embargo, el plazo prescriptorio no comenzará a correr mientras persista el daño. SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 83. LOURDES MELLA MÉNDEZ, se refiere a daños continuados o de aparición sucesiva, mientras dure este no empieza a correr el plazo prescriptorio. MELLA MENDEZ, L. "La responsabilidad civil por los daños en el contrato de trabajo", *La Responsabilidad Civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ediciones Cinca, Madrid 2013, p. 164.

[27] Casación Laboral N° 4386-2015-Cajamarca, de 16 marzo 2017 (FJ 5)

[28] Casación Laboral N° 4386-2015-Cajamarca, de 16 marzo 2017 (FJ 2)

[29] Casación Laboral N° 12418-2015-Moquegua, de 4 abril 2017 (FJ 8)

Merece atención un caso aislado pero relevante. Se trata de un supuesto de indemnización adicional por daños y perjuicios derivados de un despido incausado, seguido de reposición. La primera y segunda instancia declararon fundada la excepción de prescripción por no cumplirse el plazo de dos años para acciones de responsabilidad extracontratual (art. 2001.4) CC). La Corte Suprema corrige ese criterio y aplica el plazo de prescripción de 10 años por tratarse de una pretensión "derivada del despido del que fue objeto" el trabajador[30]. No podía ser de otra manera pues el lucro cesante reclamado como daño, derivó del incumplimiento de una obligación contractual, la de seguir el procedimiento de despido por causa justa (art. 34 LPCL). Queda claro entonces que la responsabilidad no deja de ser contractual, por el hecho de que la demanda por los daños se interponga una vez extinguido el vínculo laboral.

2. Carga de la prueba de la culpa:

Está previsto en el Código Civil que solo la culpa leve se presume (art. 1329). En cambio el dolo o la culpa inexcusable deben probarse y corresponde hacerlo al perjudicado (art. 1330). Que en la mayoría de los casos analizados es el trabajador. En los litigios laborales, normalmente el empleador como parte demandada, invoca este último precepto para evitar la imputación de responsabilidad por la falta del factor de atribución (por no haberse probado).

2.1. *Los grados de culpabilidad, la importancia práctica de la distinción en el Código Civil y la diligencia debida del empleador*:

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de tales conceptos jurídicos, y aún con el riesgo de simplificar en exceso, conviene recordar lo que la doctrina civilista define como dolo, culpa inexcusable y culpa leve. El incumplimiento de obligaciones por "culpa leve" ocurre por una negligencia (acción u omisión) no querida y que además deriva de una torpeza, imprudencia o descuido del deudor; se trata de una negligencia que le podía haber pasado a cualquiera[31].

El dolo sería el acto conciente y deliberado del deudor de no querer cumplir con su obligación[32]. Aquí la intención dolosa -esa conciencia y deliberación- solo puede apreciarse de un "incumplimiento *ex profeso* o adrede de las prestaciones"[33] sin que exista otra explicación o hecho determinante del incumplimiento. El Código Civil habla de "quien deliberadamente no ejecuta la obligación" (art. 1318), por lo que no parece exigir para la configuración del dolo, un ánimo de perjudicar.

La culpa inexcusable es el grado más alto de la culpa, se trata de una negligencia grave en el cumplimiento de la obligación. La doctrina deja constancia de la línea delgada

[30] Casación Laboral N° 4386-2015-Cajamarca, de 16 marzo 2017 (FJ 3)
[31] OSTERLING PARODI, F.; CASTILLO FREYRE, M. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Palestra, Lima, 2008, pp. 848-852.
[32] OSTERLING PARODI, F.; CASTILLO FREYRE, M. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Palestra, Lima, 2008, p. 840
[33] OSTERLING PARODI, F.; CASTILLO FREYRE, M. *Compendio de Derecho*…, p. 841.

que la separa del dolo, tanto que le otorga las mismas consecuencias jurídicas al momento de reparar los daños y perjuicios causados[34].

En efecto, el grado de culpabilidad atribuida al deudor tiene relevancia práctica en el ámbito de la responsabilidad contractual, respecto al alcance de la reparación de los daños y perjuicios a la víctima, de la siguiente manera. Si el incumplimiento se produce por culpa leve, el resarcimiento "se limita al daño que podía preverse al tiempo" en que la obligación fue contraída (art. 1321 CC).

Cuando el incumplimiento deriva ya sea por dolo o culpa inexcusable, se debe indemnizar por los daños y perjuicios causados que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento (art. 1321 CC).

La otra cara de la misma moneda es la actuación diligente del deudor. Como se sabe, aún a pesar de existir un daño, un incumplimiento de obligaciones y un nexo causal que los conecte, el ordenamiento permite que el deudor se exonere de responsabilidad si prueba que actuó con "la diligencia ordinaria requerida" (art. 1314 CC). Aplicando *sensu contrario* el art. 1320 CC, el deudor debe probar que actúo más bien con la "diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 1320 CC).

Esta regla de diligencia ha de aplicarse en el marco de una relación de dependencia. En esa línea interesa destacar que las obligaciones en el ámbito laboral -sobre todo para el empleador- no solo se encuentran en el contrato o convenio colectivo sino fundamentalmente en normas laborales de orden público, en las que se establecen al empleador obligaciones expresas y con cierto detalle, indicando una serie de prohibiciones y límites, procedimientos, formalidades o plazos. Así, al analizar la diligencia debe considerarse que el deudor-empleador sabe con mayor precisión que otros, lo que debe dar, hacer o no hacer en la relación laboral.

Asimismo, las partes están en una situación de asimetría económica y jerárquica, situación que genera en la contraparte débil (trabajador) el temor natural de reclamar de manera directa e inmediata el cumplimiento de una obligación. Por otra parte, la naturaleza de las obligaciones es laboral, con contenidos de relevancia distinta a la civil. Pensemos en la obligación de pagar la remuneración, no tiene solo un valor económico sino también alimenticio para el trabajador y su familia; o en las reglas de la jornada y descansos remunerados, que tienen su fundamento en el respeto a la dignidad del trabajador y a su vida personal y familiar; o en las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo, orientadas a salvaguardar la vida y la integridad física del trabajador, donde el empleador no solo introduce los riesgos sino que está en la capacidad de controlarlos, eliminándolos o disminuyendo las causas que los provocan al mínimo compatible con el trabajo. En el desarrollo de la prestación de trabajo no está de por medio "una cosa", es la persona misma del trabajador y sus intereses más básicos los que se involucran.

[34] OSTERLING PARODI, F.; CASTILLO FREYRE, M. *Op. Cit.…*, p. 854.

Todos estos elementos permiten afirmar, siguiendo a doctrina nacional y comparada, que la conducta diligente del empleador en el cumplimiento de sus obligaciones responde al "paradigma de 'empresario prudente', más exigente que el de la persona media o 'normal'"[35]. Incluso en alguna sentencia casatoria, se repite esta expresión de "empresario prudente", que sería el paradigma en el ámbito laboral para caso del empleador[36]. Si bien estas afirmación y expresiones se dan respecto a las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo, las consideramos trasladables y adaptables a los casos concretos para cualquier obligación del empleador.

Finalmente, si bien las obligaciones laborales derivan de normas que fijan contenidos mínimos, si el empleador los ha mejorado de manera voluntaria por pacto individual, colectivo o de manera unilateral; son estas obligaciones mejoradas las que deben tenerse en cuenta al analizar la responsabilidad por incumplimiento contractual.

2.2. Presunción de "culpa leve" y dinámica probatoria en el proceso laboral

Volviendo a la prueba de la culpabilidad, lo que queda claro es que en nuestro ordenamiento el dolo o la culpa inexcusable no se presumen, deben probarse por el perjudicado (art. 1330 CC). La cuestión no se centra entonces en quién debe probarlas sino en: cómo se prueba el dolo o la culpa inexcusable y cuál es la dinámica probatoria cuando se trata de atribuir responsabilidad por culpa (leve, inexcusable o dolo) en el ámbito laboral teniendo en cuenta las reglas ya previstas en el Código Civil.

En el devenir normal de las relaciones obligatorias lo esperable es que el deudor cumpla, por ello cuando esto no ocurre se asume que ha sido por causa imputable a este. De ahí la presunción establecida en el art. 1329 CC:

"Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor."

Como bien señala Osterling, el legislador adoptó una postura justa y razonable, en ella no se asume que el deudor incumplió deliberadamente su obligación o que actúo con negligencia grave (culpa inexcusable), de lo que se trata es de facilitar el resarcimiento del daño y no de perjudicar arbitrariamente al deudor[37].

Dicha presunción es útil para distribuir la carga probatoria de las partes del contrato, pues se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo que cabe prueba en contrario. No solo por parte del empleador sino también del trabajador.

Así, una vez que existe la inejecución de la obligación de la que deriva un daño, el deudor-empleador sabrá que se le considera responsable del incumplimiento por culpa leve. En esa posición no tendrá una conducta pasiva a la espera de que la contraparte pruebe su culpa, pues esta ya se presume. Además lo que se ha observado en los casos

[35] Entre otros, ALONSO OLEA, M., *Derecho del Trabajo*, 19va Ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 229. ARÉVALO VELA, J. "La responsabilidad civil del empleador por las enfermedades profesionales de sus trabajadores", *Soluciones Laborales*, N° 83/Noviembre, 2014, p. 113.
[36] Casación Laboral Nº 4258-2016-LIMA, de 30 setiembre 2017 (FJ 8).
[37] OSTERLING PARODI, F.; CASTILLO FREYRE, M. *Compendio…* p. 890.

analizados es que la contraparte laboral al probar el daño presenta elementos de juicio de los que se infiere una conducta con culpa inexcusable o culpa leve del empleador, es decir, un incumplimiento conciente y deliberado[38].

El interés por tanto del empleador será probar la diligencia exigida en el caso concreto respecto al cumplimiento de sus obligaciones laborales no solo eliminando la culpa leve sino el dolo o la negligencia grave en su actuar.

Por su parte, para efectos de la prueba del dolo o culpa inexcusable del deudor, interesará al trabajador perjudicado presentar los medios necesarios que evidencien que el deudor conocía la obligación y/o las circunstancias que rodeaban su cumplimiento. Si la obligación es legal, mejor aún pues no se puede alegar su desconocimiento. Por otra parte, no hay otra forma de determinar el dolo o la culpa inexcusable del deudor que analizando su conducta a luz de la diligencia que se esperaba de acuerdo a la "naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas tiempo y lugar" (art. 1320 CC), que como ya se ha señalado debe basarse en el paradigma de "empresario prudente". Lo que se determina en el caso concreto.

Por otra parte, lo que puede alegar la parte trabajadora es la omisión de un deber del empleador, trasladándose al empleador la carga de la prueba, no solo del cumplimiento de la obligación, sino de su cumplimiento diligente.

En el ámbito laboral, el I Pleno Jurisdiccional Supremo - 2012 trató el tema de la carga de la prueba para casos de indemnización de daños y perjuicios por enfermedad profesional. En él se establece un criterio, actualmente utilizado para la generalidad de los casos.

Basándose en los arts. 27. de la Ley 26636 y arts. 23.3 y 23.4. de la Ley N° 29497[39] sobre carga probatoria, el Pleno acordó:

---

[38] Ver: Casación Laboral N° 7994-2017- Ica, de 7 de junio de 2018 (FJ 12), Casación Laboral N° 8912-2017- Lima Este, de 3 de mayo de 2018 (FJ 8), Casación Laboral N° 23560-2017- Ica, de 22 de enero de 2018 (FJ 16), Casación Laboral N° 5978-2016- Lima, de 18 de octubre de 2017 (FJ 11), Casación Laboral N° 3289-2015- Callao, de 19 enero 2017 (FJ 11), Casación Laboral N° 6047-2015- Ica, de 6 de marzo de 2018 (FJ 5), Casación Laboral N° 16015-2014- Junín, de 11 de agosto de 2016 (FJ 8).

[39] La Ley N° 26636, en el artículo 27 establece que: "•Artículo 21.- CARGA DE LA PRUEBA.- Corresponde a las partes probar sus afirmaciones y esencialmente: 1. Al trabajador probar la existencia del vínculo laboral. 2. Al empleador demandado probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales, los convenios colectivos, la costumbre, el reglamento interno y el contrato individual de trabajo. 3. A l empleador la causa del despido; al trabajador probar la existencia del despido, su nulidad cuando la invoque y la hostilidad de la que fuera objeto''.

Por su parte la Ley N° 29497 contiene normas procesales que pueden ser pertinentes y aplicables para las demandas de indemnización por daños y perjuicios por enfermedad profesional: "Artículo 23.- Carga de la prueba: (...) 23-3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de: (...) c) La existencia del daño alegado.

23.4. De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad."

> "Que el trabajador debe cumplir con probar la existencia de la enfermedad profesional, y el empleador, el cumplimiento de sus obligaciones legales, laborales y convencionales".

En definitiva, al trabajador se le exige la prueba del daño y al empleador el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Aquí, lo que en el fondo plantea el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral – 2012, es la misma dinámica probatoria que deriva de la presunción del art. 1329 CC. Y así lo dice expresamente. Una vez probado el daño por el trabajador (la enfermedad profesional), esto le permite al juez aplicar, "respecto a la omisión de las diligencias ordinarias exigidas por la naturaleza de la obligación como empleador, lo previsto en el artículo 1320 del Código Civil que regula la culpa leve". En otras palabras le permite aplicar la presunción de culpa leve. En ese escenario, "[a]dicionalmente, debe probar el empleador el cumplimiento de las normas…". Y finalmente, no niega que el trabajador deba probar la culpa inexcusable o dolo. Así afirma: "el dolo y la culpa inexcusable, previstas en los artículos 1318 y 1319 del Código Civil, requieren una intensidad probatoria adecuada a la pretensión que se reclama".

Merece especial mención el hecho de que en ningún caso analizado la Corte Suprema impute responsabilidad al empleador por culpa leve, tampoco por dolo, pero sí por culpa inexcusable. Aquí interesa recordar que el incumplimiento de obligaciones por culpa leve ocurre por una negligencia (acción u omisión) no querida y que además deriva de una torpeza o descuido del deudor[40]. Frente a los grados de culpa le corresponde al juez modular ante qué tipo de culpa se está en el caso concreto. Consideramos que la Corte Suprema determina la culpa inexcusable, por el tipo de casos que le ha tocado resolver. Nos estamos refiriendo a supuestos en los que se observa un incumplimiento empresarial, pese a existir reglas legales claras de despido justificado u obligaciones legales de seguridad y salud -generales y de cada sector-, que se conocen y aplican -o deberían aplicarse- de manera frecuente en la organización. En ese contexto, es poco probable que tales incumplimientos puedan atribuirse a un mero descuido, torpeza o imprudencia del empleador.

Para ilustrar mejor lo que se observa en los casos vistos por la Corte Suprema, se menciona uno de ellos:

Una trabajadora que padecía el síndrome compresivo radicular lumbosacro, hernia del núcleo pulposo en dos niveles L4-L5 y L5-S1 desde el 2004 y a pesar de padecer de dolencia en la columna, tenía que viajar vía terrestre por más de veinte (20) horas y laboraba bajo jornadas de doce (12) o catorce (14) horas. Además, no se le proporcionó una silla adecuada para realizar sus labores. En el año 2008 el Comité Médico AFP determinó grado de invalidez total de naturaleza Permanente. Frente a ese panorama, el empleador no pudo probar el cumplimiento de sus obligaciones de seguridad y salud[41], por lo que tampoco la diligencia exigida para ese caso.

---

[40] OSTERLING PARODI, F.; CASTILLO FREYRE, M. *Compendio…,* p. 848-852.
[41] Casación Laboral N° 8912-2017-Lima, de 3 mayo 2018 (FJ 8).

Concluye la Corte Suprema que de "lo antes expuesto, se corrobora el elemento de factor de atribución por culpa inexcusable, para efectos de amparar el pago de una indemnización por daños y perjuicios postulada en el proceso"[42].

Se observa entonces que el empleador más que destruir la presunción de culpa leve, debe convencer de que no actuó con dolo o culpa inexcusable.

2.3. Posibilidad de indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las normas de seguridad y salud por parte del empleador:

Cuando se inicia una actividad empresarial se introducen riesgos para las personas, incluyendo a los trabajadores. No todos los riesgos se pueden eliminar, por lo que habrá que reducirlos al mínimo compatible con el trabajo. Esto es lo que exige de manera general la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, como deber de prevención al empleador, así señala en su art. 50.a) el deber de: "Gestionar los riesgos, sin excepción, *eliminándolos en su origen* y aplicando sistemas de control a aquellos que *no se puedan eliminar…* c) *Eliminar* las situaciones y agentes peligrosos en el centro de trabajo o con ocasión del mismo y, *si no fuera posible, sustituirlas por otras que entrañen menor peligro*." (el resaltado es nuestro).

Ahora bien, incluso cuando el empleador haya cumplido de manera exhaustiva y diligente sus deberes de prevención, según la actividad productiva que desarrolle, hay accidentes en el trabajo (o con ocasión del trabajo) y enfermedades profesionales que no se pueden evitar. Se espera por supuesto que sean los menos posibles.

Frente a esta realidad el Derecho del Trabajo, creado para proteger al trabajador- prevé un sistema de responsabilidad objetiva para el empleador, obligándole a pagar aportes en el sistema público y/o primas de seguro en el sector privado, para reparar las consecuencias dañosas del accidente de trabajo o enfermedad profesional[43]. Como bien señala la doctrina, el "origen de la obligación de indemnizar del empleador es

---

[42] Casación Laboral Nº 8912-2017- Lima, de 3 mayo 2018 (FJ 7 y 8).

[43] EMMA ROCCO, citada por: OSTERLING PARODI, F. Y CASTILLO FREYRE, M. *Tratado de las Obligaciones*, vol. XVI, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003, pp. 1296-1297. MANGARELI, C. lo explica de esta manera: "Las dificultades más importantes aparecían en los casos de accidentes de trabajo producidos sin culpa del empleador, esto es por culpa de la víctima, o por caso fortuito o por fuerza mayor. De aplicarse la noción de la responsabilidad civil quedaba sin reparación un porcentaje importante del total de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales… Fue necesario entonces elaborar un nuevo concepto de "responsabilidad", distinto al del derecho civil, de modo de que quedaran cubiertos todos los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (con la salvedad de aquellos provocados dolosamente por el trabajador). El nuevo concepto de responsabilidad se aleja del concepto de culpa, dado que se hace responsable al empleador aún en aquellas situaciones en los que el accidente o la enfermedad profesional no se produce por la culpa patronal (responsabilidad objetiva).". MANGARELI, C. "Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 31, Montevideo, julio-diciembre 2011, p. 203.

exclusivamente legal: es una obligación *ex lege*: sin necesidad de culpa probada o presumida, en otras palabras, independientemente de toda idea de culpa"[44].

Así, la incapacidad temporal será cubierta por el subsidio a cargo de Essalud[45]. Para supuestos de invalidez permanente para el trabajo o muerte se recibe un pago único derivado del denominado Seguro de Vida Ley. En caso de muerte se activan las cuberturas por gastos de sepelio y el amparo económico a los familiares de prestaciones únicas previstas en el Seguro de Vida Ley[46]. Las atenciones médicas serán realizadas por Essalud directamente o una EPS. Para accidentes de trabajo o enfermedades ocurridas en empresas que deben contratar el SCTR, se activan prestaciones de salud y económicas complementarias (pensión de invalidez, pensión de sobrevivencia y gastos de sepelio)[47]. A través de estos beneficios opera la reparación de los daños al trabajador o a sus derechohabientes.

Hasta el momento nos hemos referido a la reparación de los daños derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional aun cuando el empleador ha cumplido con sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo, en cuyo caso se activa este sistema de protección para el trabajador. Así a través del aseguramiento obligatorio del trabajador, el empleador asume la reparación de los daños de los accidentes de trabajo o enfermedad profesional aunque no haya actuado con culpa.

Por otra parte, las coberturas de Essalud, Seguro de Vida y SCTR igualmente se activan cuando existe un incumplimiento culposo del empleador, sin perjuicio del derecho de repetición de la entidad aseguradora[48]. Como hemos mencionado, se trata de una solución para proteger al trabajador; con este mecanismo se evita que el trabajador o sus derechohabientes deban probar la culpa del empleador o la cuantía de los daños sufridos.

---

[44] *Ibid*., p. 1296.
[45] Art. 9 y siguientes de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.
[46] Arts. 12 y 13 Decreto Legislativo Nº 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales.
[47] Arts. 18 y siguientes DS N° 003-98-SA, Aprueban Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.
[48] Así se señala en:

- Art. 10 Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud: "Las Entidades Empleadoras están obligadas a cumplir las normas de salud ocupacional que se establezcan con arreglo a Ley. Cuando ocurra un siniestro por incumplimiento comprobado de las normas antes señaladas, el IPSS o la Entidad Prestadora de Salud que lo cubra, tendrá derecho a exigir de la entidad empleadora el reembolso del costo de las prestaciones brindadas.".
- Art. 12 DS N° 003-98-SA, Aprueban Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo: "En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que se produzcan como consecuencia directa del incumplimiento de las normas de salud ocupacional o de seguridad industrial o por negligencia grave imputables a "LA ENTIDAD EMPLEADORA" o por agravación de riesgo o incumplimiento de las medidas de protección o prevención a que se refiere el Artículo 8 del presente Decreto Supremo; el IPSS o la Entidad Prestadora de Salud y la ONP o la ASEGURADORA, cubrirán el siniestro, pero podrán ejercer el derecho de repetición por el costo de las prestaciones otorgadas contra la Entidad Empleadora.".

La pregunta que surge es si debe exigirse al empleador una reparación adicional por daños y perjuicios cuando estos derivan del incumplimiento de sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo; y la víctima ya ha recibido las prestaciones del aseguramiento obligatorio. La respuesta debe ser afirmativa, por las siguientes razones:

a) No habría incentivos para cumplir con las normas de prevención de riesgos laborales por parte del empleador, si tanto el diligente como negligente responden igual[49].
b) Si bien, los beneficios de Essalud y del sistema de seguros privado, se activan siempre -exista o no conducta negligente del empleador-, es usual que tales beneficios no lleguen a resarcir la totalidad del daño provocado. Los sistemas de seguros privados funcionan según probabilidades, estadísticas y en general de estándares en su cobertura. El sistema de seguridad social tiene como base el principio de solidaridad y de suficiencia presupuestaria.

Por tanto, el empleador que no ha evitado los riesgos o los ha aumentado al incumplir las normas de seguridad y salud en el trabajo, debe responder por los daños ocasionados. Indemnizando por perjuicios que no llegaron a cubrirse en el sistema -público y privado- de cobertura de tales contingencias laborales. La doctrina nacional explica que esto es posible porque el Derecho de la Seguridad Social es un derecho de las necesidades y del bienestar general, mientras que el Derecho de daños tiene como fin la reparación íntegramente el daño producido[50].

Finalmente, la norma laboral especial, es decir, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo plantea esta solución. Cuando recoge el principio de responsabilidad utiliza el término amplio “implicancias económicas”. En su art. II, Título Preliminar, señala que el “El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes.”. Dentro de estas “implicancias económicas” estarían: entre otros, los costos de seguros obligatorios, multas laborales o las indemnizaciones por daños y perjuicios.

Esta disposición concuerda con el art. 53 de la misma ley, donde queda claro que el empleador responde en caso de “incumplimiento del deber de prevención” generando “la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales…”. Se trata de una reparación adicional y distinta a la que el trabajador puede alcanzar a través de las prestaciones económicas de Essalud y de los seguros privados contratados por el empleador. Estas últimas serían las otras “implicancias económicas” que debería asumir el empleador.

---

[49] CASTILLO MONTOYA, N. J.; “Ámbito de responsabilidad del empleador en caso de accidentes de trabajo”, *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*, SPDTSS, Lima, 2015, p. 256.
[50] HERRERA GONZALES-PRATTO, I. “Responsabilidad civil patronal por accidentes de trabajo”, *Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 6, 2006, 453-454.

Cabe mencionar que el trabajador perjudicado podría recibir una pensión de invalidez a cargo de la ONP o AFP, derivadas de las cotizaciones a su cargo. En la medida que en nuestro ordenamiento jurídico la finalidad de la indemnización por daños es la de reparación integra de este, y no el castigo por la gravedad de la conducta, estos montos deberían descontarse al calcular el monto del lucro cesante solicitado. Criterio asumido por la Corte Suprema para determinar el *quantum* indemnizatorio por lucro cesante en un caso de indemnización por daños vinculados a enfermedad profesional, se tomó en cuenta que recibía una pensión de invalidez (Renta Vitalicia)[51].

2.4. El espacio para la exclusión de responsabilidad del empleador por caso fortuito o fuerza mayor, en casos de accidentes de trabajo:

Como ya se vio, el art. II del Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, señala además que "el empleador asume las implicancias económicas…, conforme a las normas vigentes". Las normas vigentes aplicables serían las del CC sobre responsabilidad contractual[52], en la que no hay responsabilidad objetiva salvo casos puntuales. Se exige por tanto la presencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, incluyendo el factor de atribución, es decir, si hubo conducta culposa del empleador; y la existencia del nexo causal o si más bien se ha dado una ruptura de este. Aquí es donde tendría cabida la exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor. Como señala el art. 1315 del CC, el "caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable", y los define como un "evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso". El CC equipara ambos conceptos aunque en el plano teórico suelen diferenciarse atribuyendo el caso fortuito a hechos de la naturaleza y la fuerza mayor a actos de la autoridad o, más ampliamente, a hechos de los hombres[53].

En cualquiera de los casos debe analizarse si se trata de un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, elementos que se entrelazan. Se trata de características concurrentes, por lo que de no cumplirse una de ellas el empleador deberá responder por los daños provocados salvo que pruebe su diligencia, en cuyo caso tampoco sería imputable del incumplimiento de la obligación según las reglas del art. 1314 CC.

A continuación se mencionan las características comunes del caso fortuito y fuerza mayor[54]. Un acontecimiento será extraordinario analizando la frecuencia o habitualidad del suceso, por eso se trata de algo fuera de lo común, de un hecho que se produce por excepción. La imprevisibilidad va unida a la característica anterior, en el sentido de que un hecho extraordinario difícilmente será previsible, algo que no suele ocurrir, que es excepcional, no se puede prever fácilmente. "El hecho es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria"[55]. La clave

[51] Casación 7994-2017-Ica, de 30 mayo 2018 (FJ 5).
[52] Afirman lo mismo, invocando una disposición de la Ley de Modernización de la Seguridad Social, OSTERLING PARODI, F. Y CASTILLO FREYRE, M. *Tratado de las Obligaciones*, vol. XVI, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003, pp. 1298 y ss.
[53] OSTERLING PARODI, F.; CASTILLO FREYRE, M. *Compendio*… p. 827.
[54] Seguimos la explicación de *Ibid*., pp. 827-834.
[55] *Ibid*., p. 829.

aquí es cuál debe ser ese nivel de previsión que se le exige al deudor, esto está unido a los deberes de diligencia, prudencia y cuidado que debe tenerse.

Lo que queremos evidenciar aquí es que, incluso cuando se analiza un supuesto de exclusión de responsabilidad, como el caso fortuito o fuerza mayor, debe atenderse al deber de diligencia exigido según la naturaleza de la obligación laboral. Este elemento depende de las peculiaridades del caso concreto y tiene como base la idea del "empleador prudente".

Finalmente, un evento irresistible ocurre cuando la persona del deudor no puede, por más que quiera o haga, evitar su acaecimiento. Señala la doctrina que para evitar arbitrariedades deben considerarse factores como el económico, así sería más factible para una persona con más recursos afrontar un obstáculo que para otra que no lo tiene[56].

Merecen especial atención dos casos planteados ante la Corte Suprema, en donde se alegó la ruptura del nexo causal para excluir de responsabilidad al empleador. Un supuesto de robo a la empresa y muerte de uno de sus trabajadores como consecuencia del acto delictivo. En las circunstancias probadas del caso se menciona que "aproximadamente a la una de la mañana en circunstancias que su esposo se encontraba laborando en el Grifo… en horario nocturno, dicho local fue objeto de asalto por parte de varias personas, quienes luego de reducirlo y golpearlo en varias partes de su cuerpo lo dejaron al borde de la muerte, para posteriormente dejar de existir conforme se desprende de la respectiva partida de defunción..."[57]. También se indica que el trabajador "pretendía impedir el asalto a dicho local"[58].

Al resolver el caso concreto la Corte Suprema se centra en encajar lo ocurrido en la definición de accidente de trabajo entendido como "**…** el suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, el que no se debe circunscribir exclusivamente a la actividad o tarea laboral desplegada por la persona, esto es, su alcance no sólo debe referirse a la actitud misma de realizar la labor prometida, sino a todos los comportamientos inherentes al cumplimiento de la obligación laboral por parte del trabajador sin los cuales ésta no podría llevarse a cabo o también a actividades de capacitación o de otra índole impuestas en ejercicio de la potestad subordinante… la causa en el accidente de trabajo, comprende todas las circunstancias o eventos que, en el cumplimiento o desarrollo de la actividad laboral, generan el acaecimiento del siniestro."[59]

Finalmente la Corte Suprema continúa su razonamiento negando que se haya roto el nexo causal por la intervención de un tercero porque se trata de un accidente de trabajo. Considera por tanto que el empleador es responsable porque lo sucedido al trabajador ocurrió en el marco del cumplimiento de su prestación laboral y por esa razón se encontraba en el centro de trabajo al momento del asalto.

---

[56] *Ibid*, 830.
[57] Casación Laboral N° 16015-2014-Junín, de 11 agosto 2016 (FJ 9)
[58] Casación Laboral N° 16015-2014-Junín, de 11 agosto 2016 (FJ 11)
[59] Casación Laboral N° 16015-2014-Junín, de 11 agosto 2016 (FJ 13)

Aquí su fundamento: "En el caso concreto, resulta obvio concluir que el hecho del tercero que le causó la muerte al trabajador no rompe la relación de causalidad entre su labor efectuada y el daño ocasionado, pues, es indiscutible que por razón del contrato de trabajo suscrito con la Empresa…, se encontraba en el grifo de su propiedad donde fue objeto de agresión física al intentar impedir el asalto por parte de varias personas, lo que posteriormente originó su muerte; de manera que habiendo perdido la vida en circunstancias que involucraban la órbita de subordinación de su empleador, la calificación de accidente de trabajo, no se enerva o excluye por la mera actividad criminal de un tercero, pues tenía el status de trabajador; por ende, para este Supremo Tribunal el accidente tiene la connotación de ser laboral"[60].

Consideramos que la Corte Suprema imputa una responsabilidad objetiva al empleador cuando no correspondía. No negamos que existió un accidente de trabajo; sin embargo, para la responsabilidad contractual además del hecho dañoso deben analizarse las normas de seguridad y salud que se incumplieron, si hubo culpa del empleador en ese incumplimiento o más bien existió una ruptura del nexo causal, debido a que el accidente se debió a un infortunio (como se alega en este caso).

Se echa en falta este análisis sobre todo porque la Corte Suprema en fundamentos previos a su decisión, reconoce que ante un incumplimiento en este ámbito debe analizarse la culpa del empleador: "La obligación esencial de todo empleador es cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales, garantizando la protección, la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todo lo relacionado con el trabajo, lo que comprende evaluar, evitar y combatir los riesgos; caso contrario el incumplimiento de estas obligaciones lo hará sujeto a indemnizar los daños y perjuicios que para el trabajador deriven de su dolo o negligencia conforme al artículo 1321° del Código Civil."[61].

Por último, también se echa en falta la evaluación más detallada de la fuerza mayor –hecho de los hombres-. Hubiera sido interesante que en el caso concreto se analicen las características de extraordinario, imprevisible e irresistible del robo ocurrido. E incluso el propio comportamiento de la víctima, que en cualquier caso podía actuar como atenuación de la culpa.

Resaltamos el cambio de análisis de la Corte Suprema en otro caso, ya mencionado, donde se alega también la ruptura del nexo causal por fuerza mayor (hecho determinante de tercero). Se trata de un supuesto en el que fallece personal de seguridad (desatacado por una contratista), producto de un atentado realizado por un grupo de delincuentes armados.[62].

Este caso se produjo en circunstancias distintas, puesto que ya habían ocurrido atentados similares en la empresa e incluso amenazas. La Corte Suprema recuerda

[60] Casación Laboral N° 16015-2014-Junín, de 11 agosto 2016 (FJ 14)
[61] Casación Laboral N° 16015-2014-Junín, de 11 agosto 2016 (FJ 8)

[62] Casación Laboral N° 11947-2015-Piura, de 30 de noviembre de 2015 (FJ 18 y 19)

nuevamente que el empleador debe cumplir las obligaciones "establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales…, lo que comprende evaluar, evitar y combatir los riesgos; caso contrario el incumplimiento de estas obligaciones lo hará sujeto a indemnizar los daños y perjuicios que para el trabajador deriven de su dolo o negligencia conforme al artículo 1321° del Código Civil."[63] (FJ 7).

Luego de ello, decide ratificar la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria y la intermediadora, analizando el comportamiento no diligente de las co-demanadas en el cumplimiento de sus deberes de prevención. No es propósito en este trabajo delimitar el alcance de las obligaciones de seguridad y salud en supuestos de descentralización productiva, ni analizar si existe en estos casos responsabilidad solidaria. Lo que se quiere destacar es que esta vez la Corte Suprema no se detiene solo en verificar la ocurrencia del accidente de trabajo, sino que evalúa el factor de atribución de responsabilidad. Por otra parte, consideramos que la Corte Suprema al evaluar la diligencia de las empresas, al mismo tiempo -aunque no lo dice expresamente- evalúa si se dan o no las características de la fuerza mayor. Ya hemos señalado que durante el año se dieron varios atentados y amenazas, por ello el último suceso en el campamento minero no podía considerarse -para este caso- extraordinario e imprevisible.

A continuación, por ilustrativo, reproducimos el análisis detallado que hace la Corte Suprema de las circunstancias del caso que evidencian la negligencia de la empresa, que muestra además, la inexistencia de un hecho extraordinario e imprevisible en el caso concreto.

> "**Décimo Quinto:** En consecuencia, todo lo anterior permite establecer que la muerte del señor Joel Martín Severino Zapata se dio con ocasión del trabajo, por lo que está dado el primer supuesto para la indemnización por daños y perjuicios a consecuencia de un accidente de trabajo; respecto a la culpa patronal, está probada la falta de diligencia y cuidado de la empresa recurrente para adoptar medidas efectivas tendientes a resguardar la integridad física de quienes prestaban servicios en su campamento minero el día uno de noviembre de dos mil nueve. No se debe soslayar el papel importante que juega la adopción de medidas de prevención frente al conocimiento de factores de accidente en el lugar donde se prestan los servicios y el máximo de seguridad y eficacia que se debe implementar para proteger la vida y salud de los trabajadores, analizando los posibles siniestros y factores de riesgo con el fin de establecer estrategias preventivas adecuadas a la actividad que desarrolla la empresa, suministrando no solo los implementos necesarios para la protección de los trabajadores en la labor que ejercen, sino también asegurar un ambiente seguro en el lugar de trabajo, que en este caso en concreto correspondía a la empresa recurrente acudir a las

[63] Casación Laboral N° 11947-2015-Piura, de 30 de noviembre de 2015 (FJ 7)

> autoridades políticas y policiales (PNP) de la localidad a fin de mitigar el peligro al que estaban expuestos sus trabajadores, lo que no se hizo; por el contrario, fueron los propios trabajadores quienes efectuaron la denuncia de los hechos delictuosos objeto de este proceso así como los que se hicieron con antelación ante la Policía Nacional del Perú (PNP) sin que como empresa hubiera tomado las medidas de seguridad suficiente o solicitando medidas de seguridad suficiente que se lo brinden las autoridades pertinentes.”.

III. CONCLUSIONES:

A lo largo de este trabajo, se observan las necesarias interrelaciones entre las normas y categorías jurídicas del Derecho Civil y del Derecho Laboral. Es un interesante reto para los abogados laboralistas adentrarnos en los postulados de la responsabilidad civil, adaptando todo lo necesario –y siempre atendiendo al caso concreto- el Derecho Común al ámbito laboral.

La Corte Suprema acoge la tendencia civilista de unificación de la responsabilidad civil, aplicando artículos del CC sobre responsabilidad extracontractual para casos de responsabilidad contractual. Sin embargo, se trata de una aplicación moderada pues se acude a ellas para cuestiones comunes, ya sea para complementar el concepto de daño moral o para analizar “el hecho determinante de tercero” del se habla en la parte de responsabilidad extracontractual, pero que en definitiva corresponde a la categoría de fuerza mayor que se recoge también en los preceptos de responsabilidad contractual.

Para la aplicación del principio de especialidad debe analizarse con detalle si la norma laboral regula realmente el supuesto de hecho que se desea aplicar al ámbito de responsabilidad por daños. Luego de realizar este análisis se ha demostrado que la Ley N° 27321 sobre prescripción de la acción laboral no regula el supuesto de prescripción de la acción por daños y perjuicios en las relaciones de trabajo, por lo que deberá acudirse a las reglas del CC. El plazo de prescripción para este tipo de acciones en el ámbito laboral es el de 10 años para acciones personales.

Respecto al factor de atribución subjetivo de la responsabilidad contractual. Al analizar la “diligencia ordinaria” para eximirse de responsabilidad, debe hacerse adaptándola a la realidad del mundo del trabajo subordinado. Corresponde hacer la comparación con el paradigma de “empleador prudente”, lo que significa que el estándar de diligencia no sea el de cualquier “*pater familias*” sino según su condición de deudor cualificado. Este estándar se observa en los casos analizados, de tal forma que en la mayoría de los casos se ha imputado al empleador culpa inexcusable.

Realizando una interpretación sistemática de los arts. 50.a) y 53 de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y atendiendo a la finalidad y origen del sistema de protección a cargo de Essalud y los seguros privados obligatorios contratados por el empleador, se concluye que es posible exigir indemnización de daños y perjuicios por

accidente de trabajo o enfermedad profesional cuando estos deriven del incumplimiento culposo del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo. A esta indemnización se le deben restar todos los beneficios e ingresos de los que haya sido acreedor la víctima, pues la finalidad es la reparación integra del daño y no un enriquecimiento sin sustento de la víctima. Y estos son los criterios que se aprecia en la jurisprudencia casatoria.

Finalmente, la Corte Suprema ha cambiado su parámetro de análisis para evaluar accidentes de trabajo en los que se alega fuerza mayor (actos delictivos). Se ha pasado de atribuir responsabilidad objetiva a analizar la culpa del empleador y las circunstancias concretas para verificar las características de la fuerza mayor alegada.

IV. BIBLIOGRAFÍA:

ALONSO OLEA, M., *Derecho del Trabajo*, 19va Ed., Civitas, Madrid, 2000.

ARÉVALO VELA, J. "La responsabilidad civil del empleador por las enfermedades profesionales de sus trabajadores", *Soluciones Laborales*, N° 83/Noviembre, 2014, pp. 109-117.

CORTÉS CARCELÉN, J.C.; "Responsabilidad Empresarial por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales", *Diálogo con la Jurisprudencia*, Vol. 8, N° 43, Gaceta Jurídica, 2002, pp. 29-36.

DE TRAZEGNIES GRANDA, F.; "¿Igualando lo desigual?, en: SOTO COAGUILA, C.; DE TRAZEGNIES GRANDA, F.; PANTALEÓN PRIETO, F.; LORENZETTI, R.L. *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual ¿Es posible y conveniente unificar ambos regímenes?*, Jurivec, Lima, 2015, pp. 21-47.

ESPINOZA ESPINOZA, J. "Tratamiento sustantivo y procesal de la concurrencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual", en: SOTO COAGUILA, C.; DE TRAZEGNIES GRANDA, F.; PANTALEÓN PRIETO, F.; LORENZETTI, R.L. *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual ¿Es posible y conveniente unificar ambos regímenes?*, Jurivec, Lima, 2015, pp. 127-154.

HERRERA GONZALES-PRATTO, I. "Responsabilidad civil patronal por accidentes de trabajo", *Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 6, 2006, pp. 441-468.

MANGARELLI, C. "El Derecho del Trabajo y su relación con el Derecho Civil", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 7, julio-diciembre, 2008, pp. 105-123.

MANGARELI, C. "Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 31, Montevideo, julio-diciembre 2011, pp. 203-213.

MELLA MENDEZ, L. "La responsabilidad civil por los daños en el contrato de trabajo", *La Responsabilidad Civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ediciones Cinca, Madrid 2013, pp. 161-254.

NEVES MUJICA, J. *Introducción al Derecho del Trabajo*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009.

OSTERLING PARODI, F. Y CASTILLO FREYRE, M. *Tratado de las Obligaciones*, vol. XVI, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003, pp. 1289-1288.

OSTERLING PARODI, F.; CASTILLO FREYRE, M. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Palestra, Lima, 2008.

SEMPERE NAVARRO, A.V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2011.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J.; HIGA GARCÍA, A.; "Las demandas por daños y perjuicios derivadas de un despido", *Soluciones Laborales*, N° 68 / Agosto 2013, pp. 13-22.

APUNTES SOBRE EL FALLIDO INTENTO DE INCORPORACIÓN DE LOS *PUNITIVE DAMAGES* A LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE RELACIONES LABORALES POR LOS PLENOS JURISDICCIONALES SUPREMOS

HÉCTOR CAMPOS GARCÍA(*)

En el artículo se analiza la forma en que la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha incorporado la categoría de los "daños punitivos". Se afirma que no se ha llegado a reconocer a los *punitive damages* del sistema anglosajón debido; por un lado, a la inadecuada vía de reconocimiento de esta *indemnización punitiva* ya que a través de un Pleno Jurisdiccional se está desarrollando labor legislativa; y, por otro lado, a los defectos estructurales del diseño de los "daños punitivos" que difieren de las características tipificantes de los *punitive damages.* Asimismo, se aborda la problemática de la función punitiva de la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano y el rol que cumple la indemnización de daño moral como eventual justificativo de los "daños punitivos".

I. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento peruano no ha reconocido la aplicación de los *punitive damages* (de origen en el *common law*) en la provincia de la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales.

Si bien la Corte Suprema, tanto en el V como en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (en adelante, los Plenos), ha reconocido la posibilidad de imponer al empleador, bajo ciertas circunstancias, "daños punitivos" (sic); dicha alusión es meramente nominal y retórica ya que no implica el reconocimiento de la

(**) Abogado por la Pontifica Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Integrante de la delegación peruana en el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (Gadal). Asociado de Linares Abogados (Área de Prevención y Solución de Conflictos). Contacto: hcampos@linaresabogados.com.pe

procedencia de *punitive damages* en la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales.

Por el contrario, la Corte Suprema ha terminado fijando, de forma ilegítima, la posibilidad de que los magistrados especializados en temas laborales impongan multas civiles pecuniarias (que por su vinculación al daño denominaré como *indemnizaciones punitivas*) contraviniendo con ello no solo el principio de separación de poderes, sino también el principio de legalidad.

Mi hipótesis de trabajo es que la anómala regulación del "daño punitivo" (en su origen, en su diseño y en los efectos perniciosos que generan a la tutela del trabajador frente al despido o accidentes laborales) se ha debido a un inadecuado manejo de conceptos, funciones y metodología que son propios de la responsabilidad civil, como mecanismo de tutela jurídica sustancial.

En ese sentido el objetivo del presente trabajo consiste en evidenciar que un adecuado manejo de las categorías de la responsabilidad civil hubiese evitado que se recurra a la categoría de los "daños punitivos"; asimismo, demostrar la forma ilegítima con la que se pretende reconocer eficacia a los "daños punitivos" y los efectos nocivos que dicho intento genera en la tutela de los daños de los trabajadores; y, por último, mostrar las nulas posibilidades de que lo expresado en los Plenos pueda servir de insumo para que, en un futuro, se debata respecto del mejor mecanismo para incorporar, si es que se decide hacerlo, a los *punitive damages* en el ordenamiento peruano.

Para cumplir dichos objetivos he dividido el presente trabajo en cuatro secciones. En primer lugar, abordaré lo que considero ha sido lo que originó la necesidad de que la Corte Suprema recurra a los "daños punitivos": la equiparación entre el lucro cesante y las remuneraciones devengadas en los casos de despidos incausados y fraudulentos. En segundo lugar, demostraré que la vía que se ha empleado, a través de Plenos Jurisdiccional emitidos por la Corte Suprema, para establecer la posibilidad de imponer "daños punitivos" al empleador es ilegítima en el ordenamiento peruano.

En tercer lugar, determinaré que la justificación material a la que ha recurrido la Corte Suprema para pretender reconocerle legalidad a los "daños punitivos", esto es la función punitiva del daño moral, no solo es inexacta, sino insuficiente si se quiere regular a los *punitive damages* en el ordenamiento peruano. Finalmente, analizaré las características estructurales que los Plenos le han asignado a los "daños punitivos" (sic) y las contrapondré con las que normalmente suelen asignársele a los *punitives damages* para terminar de evidenciar que en nuestro ordenamiento, aquello que se ha incorporado dista del reconocimiento de los *punitive damages.*

En el presente trabajo, antes que una crítica general a la admisión de los *punitive damages* en el ordenamiento peruano, lo que esbozo es una crítica frontal a la forma como se ha querido darle carta de ciudadanía a los "daños punitivos" en la jurisprudencia

peruana. Por ello, a pesar de que los Plenos no son vinculantes, de forma transversal a lo largo del texto desarrollo argumentos que puedan servir de sustento a los magistrados laborales para que no se vean en la necesidad de aplicar los criterios de los Plenos en la solución de casos concretos o que les permitan dejarlos de lado dada su manifiesta ilegitimidad.

II. EL PERNICIOSO TRATAMIENTO DE LAS REMUNERACIONES DEVENGADAS COMO LUCRO CESANTE DERIVADO DEL DESPIDO (INCAUSADO Y FRAUDULENTO) COMO CAUSA DEL RECONOCIMIENTO DEL "DAÑO PUNITIVO"

Para comprender cuáles son los efectos que pretenden desencadenar los Plenos, en materia de responsabilidad civil en el contexto de relaciones laborales, es necesario tener claramente definida la situación existente previa a la emisión de los mismos.

En primer lugar, debo anotar que junto con el despido nulo[1] y despido arbitrario[2], previstos legislativamente; la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

---

[1] **Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 29º**.- 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 25º;
d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previo al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

[2] **Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 34º.-** El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38º, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

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 38º

reconoció, en la solución de casos concretos, dos tipos de despidos adicionales[3]: el despido incausado[4] y el despido fraudulento[5].

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la regulación del despido incausado y fraudulento se encuentra, naturalmente, ausente; lo que ha determinado que la Corte Suprema a través de Plenos Jurisdiccionales, de una forma muy cuestionable al no contar con prerrogativas legislativas, termine integrando la regulación normativa aplicable a aquellos tipos de despido.

En tercer lugar, hay que reparar en la regulación normativa aplicable a cada tipo de despido.

Por un lado, el despido nulo[6] genera dos consecuencias a nivel del derecho material[7]: (i) la reposición del trabajador en el centro de labores; con el correspondiente reconocimiento del pago de las remuneraciones devengadas durante todo el tiempo que duró el despido; o, según lo que indica la Corte Suprema, (ii) el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del despido.

---

3 Muestran un panorama completo de la evolución del despido a nivel jurisprudencial y legislativo peruano: BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos, *El despido en el derecho laboral peruano,* 3 ed., Jurista, Lima, 2013, pp. 473-553; ARCE ORTIZ, Elmer, *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias,* Lima, Palestra, 2008, pp. 542-549; NEVES MUJICA, Javier, "El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral", *Themis,* n. 67, 2015, pp. 227-232. Para un revisión en perspectiva histórica en el Perú es de consulta VINATEA RECOBA, Luis, "La impugnación del despido en la Ley de Fomento del Empleo", In *Themis,* n. 27-28, 1994, pp. 79-84.

4 De conformidad con la STC Nº 976-2001-AA/TC, se señaló que en el despido incasuado: "(…) se despido al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expressarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique" (FJ 15, b).

5 Siempre de conformidad con la STC Nº 976-2001-AA/TC, se señaló que en el despido fraudulento: "Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño por ende, de manera contraria a la verdad y rectitud de las relaciones laborales; aún cuando se cumple con la imputación de una causa y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asiismo, 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 (…) o mediante la fabricación de pruebas" (FJ 15 c).

6 En general, respecto del despido nulo, puede consultarse: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y Carole, NEYRA SALAZAR, "Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo", *Ius et Veritas,* n. 52, 2016, pp. 232-257.

7 Expone con detalle la "eficacia reparadora" del depido nulo: BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos, Ob. Cit., pp. 414-446, quien reconoce como requisitos de la reposición del trabajador a los siguientes: reincorporación en el trabajo sin afectar su categoría anterior, el mantenimiento de su nivel remunerativo, el pago de remuneraciones devengadas y el reconocimiento del tiempo de servicios y depósitos de la compensación por tiempos de servicios.

Por el contrario, si bien en el caso del despido incausado y fraudulento, se ha admitido jurisprudencialmente, que cabe la reposición del trabajador en el centro de labores[8] y aspectos referidos al trámite procesal[9]; no había una posición uniforme respecto de la procedencia en el pago de las remuneraciones devengadas[10], oscilando las posiciones entre aquellas que admitían su pago y otras que la negaban, pero que las reconducían a una indemnización de daños.

Dado el escenario en el que se encontraba el tratamiento de las consecuencias jurídicas materiales derivadas del despido incausado y fraudulento es que, en concreto, se consideró como uno de los tópicos a tratarse en el V Pleno el siguiente: determinar si el trabajador que ha sufrido un despido incausado o fraudulento tiene derecho al pago de remuneraciones devengadas por el período no laborado.

Entonces, ante la disyuntiva de saber si procedía o no el pago de remuneraciones devengadas en el despido incausado y fraudulento, mediante Acuerdo Plenario, establecido en mayoría, se arribó a la siguiente conclusión:

> "En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral.
> **La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas**. (…)." (el énfasis es añadido).

Desde mi punto de vista, la equívoca identificación entre el lucro cesante y las remuneraciones devengadas es lo que ha originado, realmente, el problema (y con ello la

---

8 En el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral, de fecha 4 y 14 de mayo de 2012, se acordó que: "Los jueces de trabajo en los procesos laborales (…) están facultados para conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo". Sobre el particular, TOLEDO TORIBIO, Omar, "Reposición por despido incausado y fraudulento", *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal,* mayo, 2012, pp. 4-6.

9 Cfr. TOLEDO TORIBIO, Omar, "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 Supremos en materia laboral 2014", In *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Sociedad peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2015, pp. 209-239.

10 Nuevamente, BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos, Ob. Cit., pp. 556-561 nos brinda un panorama respecto de las diferentes posiciones sobre el particular e identifica tres momentos: (i) la posición contraria al pago de remuneraciones devengadas en la jurisprudencia constitucional; (ii) la posición favorable al pago de las remuneraciones devengadas en el criterio de la Corte Suprema; y, (iii) la variación de posición en la jurisprudencia de la Corte Suprema hacia la negativa del pago de las remuneraciones devengadas.

aparente necesidad) de pretender la incorporación de "daños punitivos" en las relaciones laborales en el ordenamiento peruano. Veamos esto con mayor detalle.

II.1 Las remuneraciones devengadas no constituyen el lucro cesante derivado del despido (incausado y fraudulento)

El V Pleno ha cometido el error de equiparar el lucro cesante derivado del despido incausado y fraudulento con las remuneraciones devengadas dejadas de percibir por el período no laborado.

En específico, en la justificación del Acuerdo Plenario, se ha indicado lo siguiente:

> "La ausencia de pago de remuneraciones es un hecho evidente y por tanto un daño cierto, que podría ser calificado como lucro cesante, de manera que el monto de dichas remuneraciones pueda servir como un indicador de cálculo del monto de la indemnización, además de otros conceptos y montos que el trabajador invoque como daños sufridos como consecuencia del despido".

En este extremo se debe ser enfático: las remuneraciones dejadas de percibir no constituyen el lucro cesante derivado ni del despido incausado, ni del despido fraudulento (y de ninguno de los tipos de despidos existentes en la regulación laboral peruana).

La razón de la afirmación precedente es simple: el lucro cesante, conceptualmente, no está constituido por la ganancia dejada de percibir; ya que es el rédito o utilidad que, normalmente, ingresaría al patrimonio de la víctima, pero que como consecuencia del daño no se llegará a percibir[11].

---

[11] Esto es pacífico en la doctrina civilista peruana: OSTERLING PARODI, Felipe, "La valuación judicial de los daños y perjuicios", *Themis,* n. 26, 1968, p. 95, quien expresamente define el lucro cesante como "utilidad dejada de percibir"; REY DE CASTRO, Alberto, *La responsabilidad civil extracontractual. Estudio teórico práctico del Derecho nacional y comparado,* Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1972, p. 325 quien refiere al lucro frustrado como aquel beneficio que le ha sido privado a la víctima como consecuencia, por ejemplo, de un incumplimiento de contrato; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual,* vol. IV, t. II, Biblioteca para leer el Código Civil, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, p. 37: "El concepto de lucro cesante comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino", siendo que más adelante precisa que el lucro cesante se refiere al "margen de ganancia (no al ingreso bruto)" (p. 38) o a la "renta efectiva" (p. 41); TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad contractual y extracontractual,* Grijley, Lima, 2013, p. 73 señala que el lucro cesante es "la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir"; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil,* Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 301: "Lucro cesante: Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del

En otros términos, el lucro cesante es el resultado de la liquidación a realizarse entre el ingreso esperado dejado de percibir y los costes (fijos y variables) necesarios para poder obtener dichos ingresos dentro de un horizonte determinado de tiempo determinado.

Entonces si es tan clara la noción de lucro cesante, ¿bajo qué razones la Corte Suprema considera que las remuneraciones dejadas de percibir constituyen el lucro cesante derivado del despido (incausado o fraudulento)? Básicamente fueron dos los argumentos.

Por un lado, la inexistencia de una disposición normativa legal que determine que en los casos de despido incausado o fraudulento persista la relación laboral o que el trabajador tenga derecho al pago de remuneraciones; y, por otro lado, el reconocimiento de que la ausencia de pago de remuneraciones es un daño cierto que sufre el trabajador como consecuencia del despido (incausado o fraudulento).

Respecto del primer argumento (inexistencia de disposición normativa que habilite el pago de remneraciones devengadas) es expresa la comparación (y, aparentemente, la necesidad de equiparación) entre el régimen establecido para el despido nulo (que sí tiene una disposición expresa que autoriza el pago de las remuneraciones devengadas a favor del trabajador[12]) y las consecuencias jurídicas que le deberían corresponder al despido incausado o fraudulento.

---

dañado (sea por incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado"; LEÓN HILARIO, Leysser, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Material autoinstructivo,* Academia de la Magistratura, Lima, 2016, pp. 60-61, establece con toda claridad la diferenciación entre lucro e ingreso: "Lucro", como es evidente, no equivale a "ingreso". El "lucro" es el ingreso menos los gastos. Los gastos a los que nos referimos son aquellos que se requiere abonar, precisamente, para mantener la fuente del ingreso y para producir el ingreso. "Lucro" es sinónimo de "rédito" o "utilidad". Si se resarce con el "ingreso", se incurre en el error de considerar que dicho "ingreso" se produce inevitablemente para el damnificado, sin necesidad de que éste contribuya a generarlo (mediante su trabajo, por ejemplo)"; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños", In *Daño corporal. Nuevas orientaciones en la experiencia jurídica francesa y peruana,* Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 137: "Lucro cesante: Representado por la pérdida de una utilidad que el damnificado presumiblemente conseguiría de no haberse verificado el evento dañoso. El lucro cesante, entonces, afecta una utilidad que todavía no está presente en el patrimonio del damnificado al momento de acaecer el daño evento, pero que bajo un juicio de probabilidad se habría obtenido de no haber tenido lugar el evento dañoso".

12 **Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 40º.-** Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad

Sobre el particular, me llama la atención que la Corte Suprema haya negado la procedencia de las remuneraciones devengadas en los despidos incausados o fraudulentos, básicamente, porque constató la ausencia de una disposición normativa expresa similar a la que existe para el despido nulo.

Y es que, a primera impresión, desde la perspectiva del Derecho Civil, el pago de remuneraciones devengadas en el despido nulo se justificaría en que aquello es una lógica consecuencia de todo acto ineficaz, en donde la ineficacia tenga efectos retroactivos; esto es: la necesidad de "reintegrar"[13] la situación jurídica de las partes afectadas por dicho acto a la situación en la que se encontraban al momento previo de su realización, lo cual, en el caso del despido nulo (como sucedería si una resolución contractual se considerase como ineficaz), se manifiesta en considerar que la relación jurídica laboral nunca fue extinguida[14] (**tesis de los efectos retroactivos del acto ineficaz**).

---

procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses.

13 En esta ocasión estoy empleando el término "reintegrar" en una noción amplia, simplemente para significar que como consecuencia del acto ineficaz es posible que se deriven tanto prestaciones de hacer como de no de hacer que permitan colocar a las partes en la situación que estaban antes de que el acto se haya celebrado. No obstante, en doctrina se suele manejar una noción mucho más restringida del término "reintegrar". Para una aproximación a la diferenciación entre la tutela reintegrativa, tutela restitutoria y la tutela reparadora, se puede consultar: TAPIA GUTIÉRREZ, Paloma, *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado,* Dykinson, Madrid, 2013, pp. 123-153.

14 En ese sentido se pronuncia un sector de la doctrina laboral peruana; así por ejemplo: QUISPE MONTESINOS, Carlos Alberto, "El pago de las remuneraciones devengadas como consecuencia de la reposición ordenada en un proceso de amparo", *Foro Jurídico,* n. 6, 2006, pp. 41-45; BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, Ob. cit., pp. 434-435: "En este caso, es decir la nulidad del despido, la falta de prestación de sus servicios por el trabajador, no libera al empleador de cumplir con su contraprestación, como es regla indiscutible en los contratos con prestaciones recíprocas (C. Civ. Art. 1426), y, entre estos, el contrato de trabajo, toda vez que se considera que el acto extintivo del empleador está viciado de ilegalidad *ab origine*, por lo que carece de eficacia jurídica para disolver la relación laboral. Por ello, seria incoherente, que la reposición del trabajador no estuviera acompañada del pago de remuneraciones devengadas durante su ausencia" (p. 435); ARCE ORTIZ, Elmer, *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales,* Ubi lex asesores, Lima, 2015, pp. 236-237: "Situación ésta que, lógicamente, por lo demás, viene a revelar la naturaleza estrictamente salarial de esta obligación dineraria. En consecuencia, debe quedar claro que los salarios dejados de percibir en el sentido del artículo 40LPCL, no tiene carácter resarcitorio, sino (…) de conceptos salariales vinculados a la declaración de subsistencia del contrato de trabajo en sus propios términos originarios". Esta también fue la posición del Señor Juez Supremo Provisional Carlos Giovanni ARIAS LAZARTE, quien emitió un voto en minoría en el V Pleno justificando su posición en lo siguiente: "No debe soslayarse que mediante la reposición del trabajador a su puesto de trabajo, en los casos de despidos incausados o fraudulentos, se restablece automáticamente el vínculo laboral como si éste nunca se hubiere interrumpido, pues el acto lesivo sobre el cual ha caído pronunciamiento es el acto mismo del despido, no

Bajo esta lógica, en tanto el despido (incausado o fraudulento) es también un acto que no puede producir la consecuencia jurídica de extinción del vínculo laboral (ineficaz), por ser lesivo de derechos constitucionales, entonces no solo se justificaría la reposición al centro laboral, sino que resultaría natural que también proceda el pago de las remuneraciones devengadas, como parte del efecto "reintegrativo" del acto ineficaz; todo ello, claro está, en el marco del proceso laboral. Si bien frente a esto se podría oponer el hecho de que en tanto la prestación laboral no ha sido efectivamente prestada, no corresponde el pago de la contraprestación, debemos recordar que nos encontramos ante una consecuencia jurídica de la ineficacia del acto de despido y no ante la determinación, típicamente conmutativa, de la remuneración. En este caso, independientemente del efecto reintegrativo, será posible reclamar una suma, a título de resarcimiento, en caso se hayan sufrido daños efectivamente acreditados por el trabajador.

Sin embargo, la Corte Suprema no coincide con el razonamiento expuesto.

Antes bien, al sustentar el pago de remuneraciones devengadas derivadas del despido nulo; por un lado, en el "mandato legal" del art. 40 de Ley de Productividad y Competitividad Laboral y; por otro lado, en el hecho que sería una ficción jurídica considerar que se ha producido el desarrollo de la labor efectiva de trabajo en el período entre el despido y la reposición; la Corte Suprema aleja a las remuneraciones devengadas de su carácter "reintegrativo" vinculado a la ineficacia del despido; y lo quiere conducir, al parecer conscientemente, al ámbito estrictamente contraprestativo[15] sustentado en una ficción legal y que, por lo mismo, no puede extenderse a otras hipótesis (**tesis de la ficción legal**).

Bajo este punto de vista, si se atiende a las consecuencias de los actos ineficaces (como lo son aquellos que incurren en una causal de nulidad), en el caso de los despidos

---

se crea derecho nuevo alguno en favor del trabajador; en consecuencia, jurídicamente el tiempo transcurrido durante el despido debe ser idéntico al transcurrido antes de él, toda vez que lo contrario significaría vaciar de contenido a la eficacia restitutoria, motivo por el cual la protección al derecho constitucional antes señalado debe efectuarse en toda su extensión, comprendiéndose dentro de él al abono de las remuneraciones devengadas, ya que la parte empleadora, en mérito a acto propio declarado judicialmente inconstitucional, no puede verse favorecida con el no pago de ellas, toda vez que ello con llevaría a que siga manteniendo esa actitud, que, además, tienen un efecto negativo frente a todos los otros empleadores del país".

15 Esta posición se sustenta en el hecho de que la remuneración es la contraprestación al trabajador por la puesta a disposición de su actividad, salvo los escenarios de suspensión imperfecta de la relación laboral. Así lo explican, entre otros: FERRO DELGADO, Víctor, "El concepto de remuneración", *Asesoría laboral,* octubre, 1998, pp. 14-17; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, "La calificación de los ingresos del trabajador ¿cuáles son los criterios que deben seguirse?", *Ius et Veritas,* n. 20, 2000, pp. 399-404; PIZARRO DÍAZ, Mónica, *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral,* Gonzales & Asociados, Lima 2006, p. 167; ARCE ORTIZ, Elmer, *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias,* Ob. cit., pp.328-333; NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al derecho del trabajo,* 2 ed., Fondo editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, pp. 39-40.

incausados o fraudulentos (que son materialmente nulo, y por ende ineficaces; no porque reciban la denominación de "despidos nulos", sino por ser lesivos de derechos constitucionales), no era necesario establecer la existencia de una ficción (de la prestación del servicio) para justificar el pago de las remuneraciones devengadas.

No obstante lo anterior, la tesis de la ficción legal se sigue presentando como inconsistente, ya que un razonamiento coherente nos debería llevar a pensar que al considerar que las remuneraciones devengadas tienen naturaleza de contraprestación, entonces lo lógico sería que estas solo se deberían abonar hasta el momento en que el trabajador, efectivamente, se encuentre a disposición del empleador.

Sin embargo, este no es el tratamiento que, en la práctica, reciben las remuneraciones devengadas, incluso en el despido nulo, de donde se desprende lo incoherente de haber creado una ficción legal orientada a destacar su carácter contraprestativo, cuando ello sirve de justificativo para que las remuneraciones se paguen, siempre y de forma íntegra al trabajador, independientemente de que, por ejemplo, este haya encontrado una nueva fuente de ingresos, sea de índole laboral o no.

Respecto del segundo argumento (considerar como daño cierto el no pago de remuneraciones) es claro que el trabajador se ve perjudicado al verse impedido de percibir la remuneración establecida contractualmente; sin embargo, el verdadero problema es si el daño (como efecto económico perjudicial) que sufre el trabajador es equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir, esto es, si es posible equiparar el perjuicio económico (lucro cesante) con las remuneraciones devengadas.

La respuesta a esta interrogante es claramente negativa. Los ingresos dejados de percibir son, sin duda, un criterio para determinar la afectación en el patrimonio de la víctima, pero de ahí a afirmar que se equiparan al íntegro de dicha afectación hay un salto lógico imposible de ser salvado desde la una perspectiva legal, y técnica, de la tutela resarcitoria.

Y es que equiparar lucro cesante con el ingreso dejado de percibir afronta, además de una colisión con la propia noción de lucro cesante; por lo menos, dos problemas vinculados a la causalidad.

Por un lado, un problema de causalidad material, previsto en el art. 1321 c.c.[16], ya que con dicha posición (lucro=ingreso) se asume que los ingresos, necesariamente,

---

[16] **Código Civil peruano. Artículo 1321º.-** Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.
El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.
Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

habrían ingresado a favor de la víctima, dejando de lado el parámetro de normalidad[17] existente en el análisis de la relación de causalidad material en responsabilidad contractual en el ordenamiento peruano.

Por otro lado, un problema de causalidad jurídica, ya que la extensión del daño resarcible en responsabilidad contractual, en lo que a su cuantía se refiere, se encuentra claramente delimitado por criterios tales como el de compensación de beneficios[18] (*compensatio lucri cum danno*), previsto en el art. 1321 c.c., o el criterio de evitabilidad del daño[19], previsto en el art. 1327 c.c.[20].

Dichos criterios impiden equiparar el lucro cesante al ingreso dejado de percibir, ya que de hacerlo; se admitiría que el sujeto perjudicado conservaría un incremento patrimonial eventualmente adquirido como consecuencia de la realización del daño[21]; o, se estaría incentivando a que la víctima no asuma medidas de prevención (diligencia) destinadas a mitigar las consecuencias económicas perjudiciales del daño sufrido.

Así las cosas, comparto la posición de una doctrina peruana que ha llamado la atención respecto de la práctica laboral de considerar como lucro cesante a las remuneraciones devengadas, en los siguientes términos:

> "Esta visión desdibujada e injusta del lucro cesante es la que sustenta decisiones judiciales más que cuestionables, en el ámbito del derecho laboral, principalmente, cuando se concede resarcimientos a los trabajadores de acuerdo con valorizaciones que toman en cuenta, en lo atinente al lucro cesante, el ingreso dejado de percibir y no el rédito o utilidad, cuyo cálculo exige descontar todos los gastos necesarios para lograr ese ingreso, así como los ingresos provenientes de otras fuentes"[22].

---

17 Sobre el criterio de "regularidad causal" en materia de responsabilidad contractual puede consultarse: VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil,* t. 2: El daño. Otros criterios de imputación, tr. Aída Kemelmajer de Carlucci, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 258-263.

18 Sobre el particular, para una primera aproximación: DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, 2 ed., tr. Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 327-342; VISINTINI, Giovanna, *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, tr. Mariateresa Cellurale, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 291-297.

19 VISINTINI, Giovanna, Ob. cit., pp. 265-273.

20 **Código Civil peruano. Artículo 1327º.-** El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.

21 Esta precisión, así como la aplicación de la *compensatio lucri cum danno,* a la indemnización derivada de la nulidad del despido es realizada, de forma correcta, por TORRES-VERA, Gonzalo, *La indemnización frente a la nulidad del despido. Especial referencia a los trabajadores amparados por la Ley, 24041,* Tesis de pregrado en Derecho, Universidad de Piura, Pira, 2015, pp. 76-85.

22 LEÓN HILARIO, Leysser, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Material autoinstructivo,* Academia de la Magistratura, Lima, 2016, pp. 60-61

Claramente es más sencillo el calcular el lucro cesante a partir de las remuneraciones dejadas de percibir, pero dicho facilismo no debe llevar al intérprete, y menos aún al juzgador, a obviar no solo la aplicación de reglas jurídicas previstas expresamente en la legislación peruana (art. 1321 y 1327 c.c.), sino que además relaje los estándares de prevención en la relación agente-víctima, alentando con ello a comportamientos conformistas por parte de la víctima, en este caso, del trabajador.

Vistas las cosas, tal como se acaban de evidenciar, no queda sino reafirmar nuestra discrepancia respecto de la posición asumida en el V Pleno respecto a que el lucro cesante sean las remuneraciones dejadas de percibir. Estas son solo un criterio a tomar en consideración al momento de calcular el lucro cesante. Por lo que se debe realizar una serie de descuentos, siendo inviable que se otorgue el íntegro de las remuneraciones devengas a título de lucro cesante. Tal como lo adelantaba al inicio de las presentes líneas, he tratado de brindar algunos argumentos para que los magistrados no apliquen el Pleno en la solución de casos concretos, dada la abierta ilegalidad de la postura asumida.

Sin perjuicio de lo anterior, debo proseguir en el análisis y, ahora, mostrar cómo es que la posición tomada respecto del lucro cesante derivado de despido incausado o fraudulento condicionó el (equivocado) reconocimiento del "daño punitivo" en el ordenamiento peruano.

II.2 El "daño punitivo" como expediente retórico para afrontar la falta de pago de aportes al sistema de pensiones en el despido (incausado y fraudulento)

Al tomar posición por la (ilegal) tesis de considerar que el lucro cesante, derivado de despido incausado o fraudulento, es equivalente a las remuneraciones devengadas, la Corte Suprema generó un problema adicional: los ingresos dejados de percibir, al reconocérsele naturaleza indemnizatoria y no contraprestativa, no pueden justificar los aportes correspondientes al sistema de pensiones[23] que debe realizar el empleador en beneficio del trabajador.

Los aportes al sistema de pensiones[24] equivalen a un porcentaje (13%) del ingreso (remuneración) recibido por el trabajador (dependiente o independiente) el cual se le descuenta y es destinado, según la elección realizada por este, sea al Sistema Privado de

[23] Para una referencia de los antecedentes del sistema de pensiones cfr. NEVES MUJICA, Javier, "Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: opción diabólica", In, *Themis,* n. 25, 1993, pp. 7-10.

[24] Para una revisión general del funcionamiento del sistema de seguridad social en pensiones en el ordenamiento peruano: GONZALES HUNT, César y Javier, PAITÁN MARTÍNEZ, *El derecho a la seguridad social,* Colección lo esencial del Derecho, n. 28, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017, pp. 103-138.

Pensiones[25] (SPP) o al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), ello con la finalidad de que, al momento de la jubilación del trabajador, cuente con una pensión que le sirva de sustento.

Si las remuneraciones devengadas se pagan al trabajador, en los casos de despido incausado o fraudulento, a título de indemnización, y no a título contraprestativo, entonces, durante todo el tiempo que media entre el despido y la reposición; por un lado, el trabajador se verá privado del beneficio que le produce la aportación al sistema previsional[26], ello claro está, a menos que decida realizar un aporte voluntario; y por otro lado, el sistema de pensiones no recibirá los aportes respectivos, agravando con ello la sostenibilidad, de por lo menos, el SNP.

Planteada la problemática en los términos apenas indicados, la Corte Suprema debía dar una solución; es decir, tenía que identificar un mecanismo, a través del cual: (i) el trabajador que recibía el íntegro de las remuneraciones devengadas (sin descuento de los aportes al sistema de pensiones) no pierda el beneficio de los aportes que hubiese realizado si es que la relación laboral no hubiese sido suspendida de forma ilegítima por un despido incausado o fraudulento; y al mismo tiempo, (ii) se garantice al sistema previsional que los aportes por el período en que el despido produjo sus efectos, le sean dirigidos.

Nótese en que si no se realiza un intento por buscar una solución a la problemática planteada se hubiese generado una diferenciación absurda y arbitraria[27], ya que ante una

---

25 Para una revisión del funcionamiento del sistema privado de pensiones puede consultarse: ROJAS, Jorge, *El sistema privado de pensiones en el Perú,* Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, pp. 105-190.

26 Esta, en concreto, fue la motivación que llevó a los Señores Jueces Supremos Titulares Vicente Rodolfo WALDE JÁUREGUI y Jacinto Julio RODRÍGUEZ MENDOZA; así como al Señor Juez Supremo Provisional Omar TOLEDO TORIBIO a emitir un Voto en minoría, en el V Pleno, en el que se inclinaban por reconocer las remuneraciones devengadas en los despidos incausados y fraudulentos justificado en lo siguiente: “Declarar que el trabajador sólo tiene derecho a la indemnización por daños y perjuicios con ocasión de un despido incausado o fraudulento haría inviable la posibilidad de que el trabajador pueda acumular su tiempo de servicios, sus beneficios sociales y la posibilidad de que el empleador, al ser condenado al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, tenga que efectuar las aportaciones de carácter previsional, aspectos que serían jurídicamente inviables solicitarlos vía indemnización por daños y perjuicios”. Cabe resaltar que, adicionalmente, los magistrados invocaron la decisión de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano versus Perú, en la Sentencia de fecha 31.01.2001, en la que se reconoció la obligación del Estado de pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que correspondan a los magistrados destituidos, de acuerdo a la legislación peruana.

27 Esta también fue la preocupación del Señor Juez Supremo Provisional Carlos Giovanni ARIAS LAZARTE, quien al emitir su voto en minoría en el V Pleno indicó lo siguiente “De desestimarse la petición de remuneraciones devengadas en los casos de despidos fraudulentos e incausados bajo el argumento de que su abono se encuentra reservado sólo para cuando el trabajador impugne el despido mediante la acción de Nulidad de Despido prevista por el artículo 29° de la LPCL, conllevaría a que frente a hechos iguales (actos lesivos de derechos constitucionales) se estaría otorgando consecuencias jurídicas distintas.

pluralidad de despidos injustificados, solo en un despido nulo (y no en el incausado o fraudulento) se le permitía al trabajador gozar, no solo, de sus remuneraciones devengadas, en función de la **tesis de la ficción legal** establecida por el legislador, sino que también, como consecuencia de ello, de los beneficios que conllevan los aportes al sistema de pensiones correspondiente, que si bien debían ser efectuados por el empleador, se deducen de la remuneración del trabajador.

¿Cuál fue la solución que empleó la Corte Suprema para enfrentar tal problemática?

Pues, simple y llanamente, recurrió a la posibilidad de reconocer que, de forma adicional al daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, es procedente el pago de "daños punitivos" (sic) a favor del trabajador, los cuales serían calculados, en su monto máximo -según lo indicado por el V Pleno- en una "suma equivalente al monto dejado de aportar por el trabajador, sea al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otros sistema previsional al que esté obligado pertenecer por mandato de ley"[28].

Adviértase que, con esta solución, el V Pleno pretende guardar coherencia con la premisa según la cual las remuneraciones devengadas que recibe el trabajador despedido incausada o fraudulentamente, no tiene naturaleza contraprestativa, sino indemnizatoria. Por ello es que los magistrados supremos que suscribieron el Acuerdo Plenario en mayoría se esforzaron por precisar lo siguiente:

> "Bajo ninguna circunstancia debe entenderse que el criterio objetivo utilizado como patrón para el cálculo de daños punitivos (sic): el monto dejado de aportar por el trabajador a su sistema previsional, implique un reconocimiento al trabajador de derechos de carácter remunerativo, los mismos que no le corresponden para el caso del despido fraudulento y el despido incausado, tal como se ha señalado en los puntos precedentes".

Ahora bien, debemos cuestionarnos lo siguiente: si lo que la Corte Suprema quería era (i) otorgar el íntegro de las remuneraciones dejadas de percibir al trabajador con carácter contraprestativo; y, (ii) que no se dejen de reconocer los aportes al sistema previsional del trabajador, evitando con ello un tratamiento diferenciado con el despido

---

Dicha decisión importaría la inobservancia de los previsto por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil en virtud del cual el Juez está en la obligación de tener presente que la finalidad abstracta del proceso es lograr la paz social en justicia, asimismo, contravendría el principio de igualdad consagrada en el artículo 2.2. de la Norma fundamental que es la norma que mejor protege el derecho del trabajador en el caso planteado: a igual razón, igual derecho".

28 Para un comentario al V Pleno, desde una perspectiva laboral, que brinda luces sobre el tratamiento del sistema de pensiones, cfr. ABANTO REVILLA, César y Javier, PAITÁN MARTÍNEZ, "¿Dónde existe una cuantificación del monto de los daños punitivos ante el despido existen aportes previsionales pendientes de cobrar?", *Diálogo con la jurisprudencia*, n. 228, setiembre, 2017, pp. 33-47.

nulo, ¿era necesario recurrir a reconocer la procedencia del "daño punitivo" (sic)? Considero que no.

En efecto, antes que encubrir el pago de los aportes al sistema previsional con una categoría ajena a nuestro sistema normativo, que en teoría tendría la virtud de dejar incólume la premisa de la que parte la Corte Suprema (las remuneraciones devengadas tiene naturaleza indemnizatoria), era posible reconocer que sobre la base de los hechos en los que se encuentra un trabajador despedido incausada o fraudulentamente, se presenta un supuesto legalmente previsto en el ordenamiento jurídico peruano: la mora del acreedor[29] (**tesis de la mora del acreedor**).

De conformidad con lo establecido en el art. 1338 c.c.[30], el acreedor incurre en mora[31] cuando, sin motivo legítimo, se niega a aceptar la prestación ofrecida por el deudor o no cumple con practicar los actos necesarios para que este pueda ejecutar la obligación.

Bien vistas las cosas, cuando el empleador se niega a aceptar la ejecución de la prestación de su trabajador, por el ejemplo cuando se le impide ingresar a su centro de labores, justificando dicha decisión en la realización de un despido (que a la postre será considerado como incausado o fraudulento) estamos ante un rechazo que bien puede catalogarse como uno que no reviste "motivo legítimo".

¿Por qué reconocer que estamos ante una hipótesis de mora del acreedor hubiese sido una vía alternativa para solucionar el problema (generado) en el V Pleno relativo al pago de los aportes al sistema previsional?

Cuando se configura una hipótesis de mora del acreedor, una de las consecuencias que se genera es la de trasladar el riesgo al acreedor ante la imposibilidad de la prestación no imputable al deudor. Dicha consecuencia encuentra justificativo en el ordenamiento peruano, en donde en el art. 1340 c.c.[32] se establece que los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación le corresponde al acreedor, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor. Así se ha precisado lo siguiente:

---

29 Esta alternativa es mencionada, mas no desarrollada con detenimiento, por: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, Ob. cit., pp. 434-435, y ARCE ORTIZ, Elmer, *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales,* Ubi lex asesores, Lima, 2015, pp. 236-237.

30 **Código civil peruano. Artículo 1339º.-** El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso.

31 En el ordenamiento peruano, sobre la mora del acreedor, es de necesaria revisión: BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, "¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones", In *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova,* Grijley, Lima, 2004, pp. 629-694.

32 **Código civil peruano.** Artículo 1340º.- El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor.

> "De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el riesgo de la contraprestación corresponde, en principio, al deudor (*periculum est debitoris*). Eso significa que si la prestación debida a cargo del deudor se hace imposible sobrevinientemente sin culpa de las partes, aquél pierde el derecho a la contraprestación.
> De ser así, desde el momento en que el acreedor queda constituido en mora el riesgo se traslada a éste; así, si la prestación se torna imposible estando el acreedor en mora, éste deberá ejecutar la prestación a su cargo a pesar que la prestación que debía recibir se ha tornado imposible"[33].

Lo anterior, trasladado a la hipótesis de despido incausado o fraudulento, implica que el empleador (acreedor de la prestación laboral) asuma el riesgo de la imposibilidad de la prestación (la prestación laboral que se tendría que haber ejecutado durante el tiempo transcurrido entre el despido y la reposición devino en imposible materialmente de ser ejecutada), lo que determina que tenga que pagar la contraprestación a su cargo (todas las remuneraciones devengadas) como consecuencia del traslado del riesgo en virtud de la mora del acreedor.

Nótese que la mora del acreedor no se encuentra, estructuralmente, ligada al despido nulo (en los términos a los que se refiere el legislador peruano), sino al rechazo sin motivo legítimo de la ejecución de la prestación. En ese sentido, tanto en el despido nulo, como en el incausado y el fraudulento, se presente dicho motivo ilegítimo desde el momento en que se considera que el mismo no es despido admitido por el ordenamiento.

De este modo la propuesta alternativa se pone de manifiesto si se atiende a que: (i) el trabajador recibe el íntegro de las remuneraciones devengadas; (ii) las remuneraciones devengadas no se pagan a título de indemnización, sino que tiene naturaleza contraprestativa; (iii) la no prestación efectiva de trabajo por parte del trabajador no impide reconocer naturaleza contraprestativa a las remuneraciones devengadas, ya que dicha naturaleza se justifica en la traslación del riesgo derivada de la mora del acreedor; (iv) las remuneraciones devengadas se pagan de forma íntegra, a pesar de que el trabajador haya obtenido otro empleo, ya que su justificativo se encuentra, repito, en el traslado del riesgo contractual; y, (v) al tener naturaleza contraprestativa, habilita el pago de los aportes al sistema previsional, tal como sucede en el despido nulo, evitando con ello crear una situación de diferenciación arbitraria y sin tener que crear ficciones legales.

Si tal como se acaba de apreciar, la Corte Suprema podía haber recurrido a la mora del acreedor como alternativa de solución frente al problema denunciado, entonces vemos que, antes que la consciente importación de una categoría jurídica extranjera o de

[33] En ese sentido, BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, Ob. cit., p. 681.

haberse producido un "trasplante legal"[34], se recurrió a los "daños punitivos" (sic) como un mero expediente retórico para solucionar el problema de la falta de aporte al sistema previsional, el cual a su vez se originó en la equívoca idea de equiparar el lucro cesante con las remuneraciones devengadas.

Nuevamente, al igual que en el apartado anterior, mi intención ha sido la de dar argumentos para que los jueces se aparten motivadamente del Acuerdo Plenario en mayoría del V Pleno brindando, inclusive, alternativas de solución a los problemas identificados.

II.3 Los efectos perniciosos en la tipología de despidos y en el sistema previsional al equiparar el lucro cesante con las remuneraciones devengadas

Empecé esta sección mostrando cómo era la regulación existente antes de la emisión del V Pleno; por lo que, a fin de notar lo pernicioso de su Acuerdo Plenario relativo al régimen de responsabilidad civil derivado de despido incausado o fraudulento, en este último apartado mostraré lo caótico y contradictorio en que se ha convertido el sistema laboral y previsional.

La premisa de la que debemos partir es la siguiente: las remuneraciones devengadas se pagan de forma íntegra a favor del trabajador al ser consideradas como lucro cesante derivado del despido incausado o fraudulento; y, adicionalmente, el empleador deberá pagar, a favor del trabajador, una suma a título de "daño punitivo" (sic), cuyo monto no podrá ser mayor al monto dejado de aportar por el trabajador, sea al SPP,

---

[34] En este extremo manifiesto mi respetuosa discrepancia ante lo señalado por BARDALES SIGUAS, Luis, "Un intento fallido de trasplante legal: los *punitive damage* por despido arbitrario", *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial,* t. 52, octubre, 2017, pp. 39-40, cuando indica: "Qué duda cabe de que estamos ante un supuesto de importación de modelos jurídicos foráneos. Este fenómeno por el cual la judicatura nacional se encuentra constantemente importando doctrinas o instituciones jurídicas de otros sistemas y ahora de otra tradición jurídica, en especial del *common law* se ha venido dando ya desde varios años, convirtiéndose el área de la responsabilidad civil en un terreno que ha permitido la alienación del discurso jurídico peruano". Mi discrepancia no radica en que no considere negativa la importación de figuras jurídicas cuando no media el análisis crítico del contexto de origen o de compatibilidad con el ordenamiento receptor de la importación, sino que, en el presente caso, sostener que estamos ante una "importación de un modelo jurídico foráneo" resulta una lectura de (muy) buena fe respecto del V Pleno. Y es que atendiendo al contexto (y antecedentes) en el que se ha producido el reconocimiento del "daño punitivo" (sic), no parece ser una importación propiamente dicha; es decir, con conocimiento cabal de recurrir a una institución foránea para pretender solucionar un problema nacional, sino tan solo un (mero) intento de recurrir a un instrumento del cual se valió, incidental y abruptamente la Corte Suprema, para salir del laberinto construido sobre la base de considerar a las remuneraciones devengadas como lucro cesante derivado de despido incausado o fraudulento.

SNP o cualquier otro sistema previsional al que esté obligado pertenecer por mandato de ley.

Fijada la premisa, el V Pleno, desde mi punto de vista, ha generado los siguientes efectos perniciosos.

En primer lugar, ahora, en el despido incausado o fraudulento se termina afectando al empleador de una forma más intensa que en el despido nulo.

Así es, mientras que en este último, el empleador está obligado a pagar el aporte al sistema previsional aplicando un descuento sobre las remuneraciones dejadas de percibir; en los primeros tipos de despido a los que me referí, el monto equivalente al aporte al sistema de pensiones no se descuenta de ninguna remuneración devengada (ya que solo tiene naturaleza indemnizatoria como lucro cesante), sino que se consigue del patrimonio del empleador.

En segundo lugar, también ahora, en el despido incausado o fraudulento se beneficia de una mayor manera al trabajador a comparación del que es despedido mediante un despido nulo.

En efecto, el trabajador despedido incausada o fraudulentamente recibe el íntegro de su remuneración (sin descuento por el aporte previsional) y, adicionalmente, un monto que es (o puede ser) el equivalente al aporte al sistema de pensiones, pero que lo recibe directamente, sin nada sea destinado obligatoriamente al SNP o al SPP. Esta situación es completamente diferente en el despido nulo, en donde la naturaleza contraprestativa de las remuneraciones devengadas hace que el trabajador solo reciba estas, pero descontando el aporte al sistema previsional.

En tercer lugar, y derivado de los dos anteriores, se afecta el sistema previsional en su conjunto, pero especialmente, el SNP, ya que al no garantizar, en el despido incausado o fraudulento a diferencia del sistema nulo, el aporte al sistema previsional a favor del trabajador, se expone al Sistema, principalmente, a recrudecer sus dificultades de financiamiento a mediano y largo plazo[35], en desmedro de todos los beneficiarios del mismo.

---

[35] Para un balance respecto del sistema de pensiones son de consulta: GONZÁLEZ NIEVE, Orlando, "Futuro de los regímenes pensionarios en Perú. Sistema estatal de pensiones", In *Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú.* Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, pp. 349-387; ABANTO REVILLA, César, "La crisis de los regímenes de pensiones administrados por el Estado y el futuro de la Seguridad Social en el Perú", In *Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú.* Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, pp. 389-403; GONZÁLES HUNT, César, "25 años de la seguridad social en pensiones en el Perú", In *Homenaje aniversario de la SPDTSS,* Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2013, pp. 600-621.

En ese sentido, el V Pleno ha logrado establecer una situación, ciertamente caótica: ha colocado al empleador de un despido incausado o fraudulento en una posición más gravosa y al trabajador en una posición más beneficiosa, en comparación a la posición que tienen el empleador y el trabajador de un despido nulo.

Si nos encontramos ante diferentes modalidades de despidos lesivos de derechos fundamentales, si todos ellos no generan el efecto extintivo del vínculo laboral, si en todos ellos cabe la reposición en el proceso laboral ¿por qué aplicar un régimen (que es ilegal) que genera consecuencias nocivas en el ámbito laboral y el previsional? ¿por qué aplicar un régimen que avala que el despido incausado o fraudulento sea más beneficioso para el trabajador que en un despido nulo? ¿por qué aplicar un régimen que avala que el despido incausado o fraudulento sea más oneroso para el empleador que en un despido nulo? No encuentro justificación alguna para ello.

Como conclusión de esta primera sección de la presente reflexión una idea debe quedar claramente establecida: si no se hubiese tomado partido por equiparar el lucro cesante con las remuneraciones dejadas de percibir derivadas de un despido incausado o fraudulento, simplemente, no hubiese sido necesario recurrir a los “daños punitivos” en materia laboral.

En la siguiente sección abordaremos, en específico, la forma en la que la Corte Suprema, a través del V Pleno, y luego de forma refleja el VI Pleno, pretendió diseñar un sistema de *indemnizaciones punitivas* en el ordenamiento jurídico peruano.

III. EL ILEGÍTIMO RECONOCIMIENTO DE LA *INDEMNIZACIÓN PUNITIVA* COMO CONSECUENCIA DEL DESPIDO (INCAUSADO Y FRAUDULENTO) Y DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

En la sección anterior he puesto en evidencia lo que considero fue el origen de la situación problemática que implica el reconocimiento de la categoría del “daño punitivo” (sic) por parte de la Corte Suprema. El objetivo de la presente sección consiste en demostrar que la forma en la que ha procedido la Corte Suprema para incorporar el, así denominado, “daño punitivo” en la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales es ilegítima frente a los principios y reglas existentes en el ordenamiento peruano.

Para cumplir con dicho objetivo; en primer lugar, analizaré la inconveniencia de seguir hablando de “daño punitivo”, dado el equívoco punto de referencia que se emplea para fijar los alcances de la punición. En segundo lugar, abordaré, directamente, cual es la razón por la cual no se puede considerar como legítima la admisión de “daños punitivos” en el ordenamiento peruano. Finalmente, me pronunciaré sobre la posibilidad, o no, de justificar la admisión de los “daños punitivos” sobre la base de la labor que constitucionalmente sí puede desempeñar la jurisprudencia peruana.

III.1. Precisiones conceptuales en el discurso del V y VI Pleno: del "daño punitivo" a la *indemnización punitiva*

En primer lugar, con la finalidad de encuadrar adecuadamente la figura bajo examen, debo precisar que cuando la Corte Suprema alude al "daño punitivo", a diferencia de lo que se ha indicado en nuestro medio[36], no se está creando una nueva voz o tipo de daño, sino que se está haciendo referencia al reconocimiento del pago de una suma de dinero, por encima de la indemnización de daños, con funciones sancionatorias punitivas[37].

Y es que si se concibe al daño[38] como la lesión de un interés jurídicamente relevante (daño-evento) o, incluso, como una consecuencia económica negativa (daño consecuencia), en ningún caso puede predicarse que el daño pueda ser calificado como punitivo.

La alusión a "daño punitivo", como bien se ha informado[39], es únicamente una inexacta y mecánica traducción de la expresión *punitive damages*, que, desde mi punto de vista, en nada modifica el elenco de daños previstos normativamente en la legislación peruana: daño emergente, lucro cesante y daño moral (así como, por lo menos nominalmente, el daño a la persona).

---

36 Consideran al "daño punitivo" como una voz o tipo de daño: CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo Andrés, "Daños punitivos: el aporte de la Corte Suprema desde el V Pleno Jurisdiccional Laboral y Previsional", *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial,* t. 52, octubre, 2017, p. 28; BARDALES SIGUAS, Luis, "Un intento fallido de trasplante legal: los *punitive damage* por despido arbitrario", *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial,* t. 52, octubre, 2017, pp. 43-46.

37 | Ello ha sido correctamente identificado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional", *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial,* t. 52, octubre, 2017, pp. 13-18, quien luego de considerar equívoca emplear la expresión "daño punitivo" (p.16), precisa que dicha categoría es una forma de pena privada (p. 18). Asimismo, TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario, "Breve nota sobre los daños punitivos", *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial,* t. 52, octubre, 2017, p. 64, cuando señala que: "El daño punitivo refiere una condena pecuniaria extraordinaria que se impone a pedido de parte, y que excede propiamente la indemnización exclusivamente compensatoria respecto del peticionante, (...)"; OLAVARRÍA PARRA, María José y Micaela, BRAUL ANAYA, "Los daños punitivos a propósito del V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral", *Gaceta civil & procesal civil,* n. 54, diciembre, 2017, p. 214: "(…) los daños punitivos son una especie de sanción civil que se impone al sujeto dañante como castigo por su actuar doloso o culposo grave por el cual causa daño a otro; (…)".

38 Respecto de la noción de daño entendido como evento lesivo, efecto económico negativo y como liquidación pecuniaria del efecto económico negativo, se puede consultar: BIANCA, Massimo, *Diritto civile,* t. 5: La responsabilità, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 123-127.

39 Como lo ha precisado LEÓN HILARIO, Leysser, Ponencia presentada en el Seminario "V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional", organizado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, realizada el 03 de octubre de 2017. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=048dahPrVgQ.

No se está reconociendo un nuevo tipo de daño resarcible, sino que se está admitiendo que frente a la comisión de un daño es posible el pago de una suma de dinero con una finalidad punitiva. Dada la polisemia de la voz *indemnización* en el ordenamiento peruano[40], cuyo uso ciertamente no se vincula únicamente con la responsabilidad civil pero sí a la realización de un daño, considero posible (y conveniente) denominar a dicha suma de dinero como *indemnización punitiva*[41].

En segundo lugar, la *indemnización punitiva*, según la Corte Suprema, es una cuyo pago procede, de forma conjunta, a la indemnización que le corresponde a la víctima como consecuencia de los daños sufridos por aquella; es decir, adicionalmente a la indemnización compensatoria, pero con la finalidad de disuadir un particular tipo de conducta dañosa.

La forma en la que la Corte Suprema ha delineado a la *indemnización punitiva* evidencia que la misma, si bien requiere de la comisión de un daño, no está destinada a afrontarlo con fines compensatorios, lo que pone en tela de juicio su ubicación sistemática.

Y es que no queda claro si la misma es considerada, por nuestros magistrados supremos, como una posible consecuencia de la responsabilidad civil o si, por el contrario, se establece como una consecuencia autónoma a la tutela resarcitoria.

Desde mi punto de vista, la Corte Suprema ha asumido que la *indemnización punitiva,* no forma parte de la responsabilidad civil, lo cual se aprecia en tres hechos en particular: (i) el que se haya reconocido que la *indemnización punitiva,* como nueva categoría, proceda por fuera de la indemnización que atiende al daño emergente, el lucro cesante o el daño moral; (ii) el que se considere que, más allá de la comisión del daño, lo que justifica su imposición son las particulares características (generalmente dolosas) del acto generador, lo que imprime el carácter punitivo a esta indemnización; y, (iii) que el monto de la *indemnización punitiva* no dependa de la dimensión del daño, sea que este se entienda, ahora, como un costo privado y no como un costo social.

En otros términos, considero que la Corte Suprema al reconocer la procedencia de la *indemnización punitiva,* no le está imprimiendo a la responsabilidad civil una función

---

40 Sobre el particular me permito reenviar a lo indicado en CAMPOS GARCÍA, Héctor, "La responsabilidad por actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano", In *Reflexiones en torno al Derecho Civil a los treinta años del Código,* Ius et Veritas, Lima, 2015, pp. 467-468.

41 En el ordenamiento argentino, pero con plena aplicación al ordenamiento peruano, prefiere la denominación terminológica de "multa civil por actos desaprensivos", MOISÁ, Benjamín, "Los llamados «daños punitivos» en la reforma a la ley N° 24.240", *Revista Oficial del Poder Judicial,* n. 2, Año 2, 2008, Lima, p. 279.

punitiva, sino que está fijando un mecanismo sancionatorio externo a la tutela resarcitoria, lo cual se ve evidenciado cuando, tanto en el V como en el VI Pleno, se alude al "daño punitivo" como un supuesto de pena privada.

III.2. La ilegitimidad del reconocimiento de la *indemnización punitiva* en los Plenos: la intromisión en la función legislativa por la Corte Suprema de Justicia peruana

En función de las premisas formuladas previamente, puedo indicar que la labor realizada por la Corte Suprema en el diseño de estas *indemnizaciones punitivas* se caracteriza por dos aspectos en particular.

Por un lado, la Corte Suprema ha procedido a identificar las diferentes hipótesis, generales y abstractas, vinculadas al despido incausado, despido fraudulento y a ciertas circunstancias vinculadas a los accidentes laborales[42], en las que justificaría el pago de una *indemnización punitiva*.

Así, en el V Pleno se indicó lo siguiente:

> "En ese orden de ideas, no se aplicará los daños punitivos a todos los supuestos de despidos regulados en la ley o establecidos por la jurisprudencia, sino solamente al despido fraudulento y al despido incausado debido a su naturaleza vejatoria contra el trabajador".

A su turno, en el VI Pleno se precisó lo siguiente:

> "En ese orden de ideas, se aplicará los daños punitivos solo cuando el empleador además de haber incumplido las disposiciones de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, el deber de prevención contenida en ellas, sus propias directivas sobre salud y seguridad en el centro de trabajo, haya actuado de la siguiente manera: a) Haya negado la relación laboral, b) No haya asegurado al trabajador, o c) Se haya negado a brindarle todo tipo de auxilio inmediato por el infortunio laboral sufrido".

Por otro lado, la Corte Suprema también ha determinado que ante la realización de las hipótesis previstas antes indicadas, y siempre que se haya ordenado el pago de una

[42] Sobre el particular, no obstante mis discrepancias con el enfoque a la responsabilidad civil, con relación al aspecto laboral puede revisarse: PUNTRIANO ROSAS, César, "La responsabilidad del empleador por accidente de trabajo. Apuntes a una polémica decisión de la Corte Suprema", *Diálogo con la jurisprudencia,* n. 233, febrero, 2018, pp. 32-46.

indemnización frente a la comisión de ciertos daños, adicionalmente a ellos, es posible imponer la obligación del pago de una *indemnización punitiva*.

Bien vistas las cosas, con el proceder antes descrito, la Corte Suprema ha incurrido en dos vicios que deslegitiman el reconocimiento de la categoría "daño punitivo".

En primer lugar, si la Corte Suprema ha establecido hipótesis normativas hipotéticas (supuesto de hecho) con los correspondientes efectos jurídicos hipotéticos (consecuencia jurídica), lo que aquella ha realizado es dictar disposiciones jurídicas con carácter general y abstracto; es decir, está desplegando una función legislativa, lo cual, a todas luces es ajeno a la función jurisdiccional.

En efecto, dado que la Corte Suprema, y cualquier otro sector de la Administración, no puede arrogarse sin delegación previa expresa una función que no le corresponde, entonces estamos ante un Acuerdo Plenario que al reconocer la procedencia de *indemnización punitiva* es inconstitucional al vulnerar de manera flagrante[43] el principio de la separación de poderes.

En segundo lugar, dado que el reconocimiento de la *indemnización punitiva* no se está realizando como parte de la responsabilidad civil, sino como un mecanismo sancionatorio autónomo, entonces al estar ante una sanción punitiva, para su validez, esta requiere ser determinada previamente por una disposición normativa legal, en estricto cumplimiento del principio de legalidad[44].

Tal como se puede apreciar, la Corte Suprema no solo ha errado al legislar, cuando su labor es juzgar, sino que adicionalmente, al hacerlo se ve en la inevitable situación de pasar por alto principios de vital importancia cuando de por medio se encuentra el establecimiento de sanciones punitivas[45], lo cual reafirma la ilegitimidad de la decisión tomada en el Acuerdo Plenario.

---

43 Lamentablemente, el quebrantamiento de dicho principio, del que hacen gala el V y el VI Pleno, no ha sido una práctica aislada en la Corte Suprema en materia laboral (ni en otras especialidades). Muestra de ello, por ejemplo, es el II Pleno Laboral en el que se fijó que el plazo para la demanda de reposición, en los casos de despido incausado y fraudulento, es uno de caducidad de treinta (días), a pesar de no haber disposición legal en dicho sentido.

44 En ese sentido se han pronunciado: ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional", *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial,* t. 52, octubre, 2017, p.20; CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo Andrés, "Daños punitivos: el aporte de la Corte Suprema desde el V Pleno Jurisdiccional Laboral y Previsional", *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial,* t. 52, octubre, 2017, p. 31; PUNTRIANO ROSAS, César, "Objeción a la indemnización por daño moral y a los *daños punitivos*", *Diálogo con la jurisprudencia*, n. 228, setiembre, 2017, pp. 29-30.

45 Es por esta razón que desde mi punto de vista, el hecho de que las Cortes Judiciales reconozcan, en sede de ejecución, sentencias o laudos extranjeros en los que se hayan

Finalmente, nótese que no se está cuestionando si el Derecho Privado puede desplegar una función punitiva (que la tiene a través del reconocimiento de diferentes supuestos de penas privadas o sanciones punitivas privadas[46]), o si la responsabilidad civil puede cumplir un rol punitivo (lo cual será abordado en el siguiente acápite). La crítica se centra la ausencia de legitimidad de la forma, a través de un Pleno Jurisdiccional[47], en la que se han incorporado las *indemnizaciones punitivas* en el ordenamiento jurídico peruano.

---

impuesto *punitive damages* no es un argumento sólido para justificar el reconocimiento y la procedencia de este tipo de *damages* en los ordenamientos del *civil law.* Nótese que para poder afirmar el reconocimiento de una institución de corte sancionador no basta un análisis en negativo (consistente en que no esté prohibido), sino que resulta indispensable un análisis en positivo (que se reconozca legislativamente la procedencia de dicho tipo de multas). Respecto al reconocimiento de sentencias o laudos que imponen *punitive damages* en ordenamiento distintos del *common law,* se puede revisar, entre muchos otros, BORCHERS, Patrick J., "*Punitive damages,* forum shoping, and the conflict of laws", *Louisiana Law Review,* vol. 70, 2010, pp. 529-555; PETSCHE, Markus, "Punitive damages in International Commercial arbitration: much ado about nothing?", *Arbitration international. The Journal of the London Court of International Arbitration,* vol. 29, n. 1, 2013, pp. 89-104; HAZELHORST, Monique, "Punitive damages in Private International Law. Lesson for the European Union", *Common Market Law Review,* vol. 55, n. 1, febrero, 2018, pp. 315-318. No obstante, cabe realizer alguna mención de las posiciones que niegan la posibilidad de ejecución de decisiones que imponen *punitive damages,* asi HOVERSTEN, Paul A. "Punishment but not a penalti? *Punitive damages* are impermisible under foreign substantive law", *Michigan Law Review,* vol. 116, 2018, pp. 759-784. Sobre el particular, entre nosotros ha tratado el tema: GARCÍA LONG, Sergio, Ponencia presentada en el Conversatorio "Los *punitive damages* según el V Pleno Jurisdiccional Laboral", organizado por el Taller José León Barandiarán de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, realizada el 02 de noviembre de 2017.

46 Sobre el particular, aunque respecto del ordenamiento italiano (pero perfectamente asimilable al ordenamiento peruano), PONZANELLI, Giulio, "Pena privata", In *Enciclopedia Giuridica Treccani,* vol. 22, Roma, 1989, p. 2 (de la separata) identifica la existencia de sanciones civiles dentro del Derecho privado, proponiendo una clasificación entre penas privadas legales, penas privadas convencionales y penas privadas judiciales. Respecto de la función punitiva que puede desplegar el Derecho privado en el ordenamiento peruano, y algunas referencias a sus límites, es de consulta: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria.* Ara, Lima, 2017, pp. 23-26.

47 Ha sostenido, en el medio peruano, que los Plenos Jurisdiccionales son vinculantes: NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, "Manifiesto sobre los plenos jurisdiccionales civiles", In *Los plenos civiles vinculantes de las Cortes Superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas,* Gaceta Jurídica, Lima 2016, pp. 7-20; sin embargo, los defectos de dicha argumentación han sido cabalmente indicados por CAVANI, Renzo, "Plenos Jurisdiccionales: ¿vinculantes? Una invitación al diálogo a Fort Ninamancco", disponible en: https://afojascero.com/2017/08/25/plenos-jurisdiccionales-vinculantes-una-invitacion-al-dialogo-a-fort-ninamancco/ (Consultado 08.10.2018, 12:59 a.m.); Id, "Todavía sobre los Plenos Jurisdiccionales (¿vinculantes?)", disponible en: https://afojascero.com/2018/06/29/todavia-sobre-los-plenos-jurisdiccionales-vinculantes/ (Consultado 08.10.2018, 01:25 a.m.).

En consecuencia, y como correlato de lo indicado previamente, debe quedar claro que el Acuerdo Plenario, que reconoce a la *indemnización punitiva* no es vinculante, no solo por no ser fuente de Derecho[48] (ni formal, ni material[49]), sino porque aplicarla mecánicamente en un caso concreto, sin una labor previa de interpretación o integración, conllevaría a que los pronunciamientos judiciales incurran en una causal de nulidad, ello sin perjuicio de las responsabilidades funcionales que se generen.

III.3. La imposibilidad de justificar la ilegitimidad de la *indemnización punitiva*: precisiones respecto del origen jurisprudencial de los *punitive damages*

Frente a lo previamente indicado, no considero que se pueda oponer, válidamente, el hecho de que los *punitive damages* sí se hayan podido establecer sobre la base de decisiones jurisdiccionales[50] en los sistemas del *common law.* Ello, evidentemente, implicaría desconocer los orígenes de los *punitive damages* en el sistema del *common law*.

---

48 En ese sentido, comparto la opinión de LEÓN, HILARIO, Leysser, *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano,* Palestra, Lima, 2004, p. 40: "(...) en nuestro país no tiene vigor - a pesar de que algún texto legal lo reconozca programáticamente - el principio del carácter vinculante de los precedentes judiciales o *stare decisis*"; desde otra perspectiva, pero arriba a una conclusión similar: CAVANI, Renzo, "Comentario al art. III (Fines del proceso e integración de la norma procesal) c.p.c.", In *Comentarios al Código Procesal Civil,* Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 50, quien sostiene: "No obstante, tomada en este sentido, la jurisprudencia *no es* una fuente del derecho peruano ni tampoco del Derecho Procesal. Nótese bien: no es que no se puedan extraer normas jurídicas del conjunto de decisiones que componen la jurisprudencia, sino que para nuestra Constitución ellas *formalmente* no califican como genuinas *fuentes del Derecho*".

49 Respecto de este punto manifiesto mi respetuosa discrepancia cuando se sostiene que los Plenos Jurisdiccionales, especialmente en materia laboral, son fuente de derecho material, sobre el particular: VALDIVIA ROMERO, Luis Manuel, "¿Los Plenos Jurisdiccionales en materia laboral son fuente de derecho?", *Diálogo con la jurisprudencia,* n. 239, agosto, 2018, pp. 227-236.

50 Si bien el razonamiento indicado, hasta el momento, no hemos visto que se haya desarrollado en la doctrina civil, considero importante la precisión cuando, desde la perspectiva laboral, NEVES MUJICA, Javier, "El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral", *Themis,* n. 67, 2015, p. 230, ha indicado lo siguiente: "¿Se puede crear un tipo de despido por una sentencia? Algunas de las instituciones jurídicas más importantes no han nacido de una acción legislativa sino jurisprudencial: El control difuso y la discriminación indirecta (Estados Unidos), el proceso de amparo (México), el despido nulo (España)… ¿Por qué no podría ser el caso del despido fraudulento? Máxime cuando, como ya he dicho, el Tribunal Constitucional debía reparar una dificultad creada por él mismo".

En lo que concierne a los orígenes en el *common law* de los *punitive damages* se debe tener en consideración que, a pesar de los antecedentes que en el *civil law* se puedan identificar sobre la aplicación de penas privadas[51], su desarrollo se dio sobre la base de las tenues diferencias existentes entre *tort* y *crime.*

En ese sentido, cabe resaltar que una doctrina, tratando de cubrir el vacío histórico[52] que existe entre la referencia a la pena privada en el período clásico romano y las alusiones a los estatutos ingleses del siglo trece y que concluyen con la clásica referencia a los casos *Wilkes* v. *Wood* y *Huckle* v. *Money* (1763), ha identificado[53] tres momentos históricos importantes.

En primer lugar, se alude a la publicación de *The North Briton* n. 45, la cual fue un provocativo panfleto político crítico del rey George III y sus Ministros, y a la vinculación del reconocimiento de pronunciamientos que imponen *exemplary damages*[54], en un contexto en el que no había límites para los jurados, en los casos *Wilkes* v. *Wood* y *Huckle* v. *Money.*

En segundo lugar, hacia el final del siglo trece, se aprecia el establecimiento de indemnización con "múltiplos" en los estatutos ingleses (a través del estatuto de Westminster I de 1275 y la postriro recepción de la *iniuria* y los *multile damages* estatutos), lo cual evidencia una relación con la noción de *inuiria* entendida esta como "affront to feelings" o "outrage".

Finalmente, se alude a las denominadas "money compositions" anglosajonas como precursoras de la relación *tort-crime* que era, hasta ese momento, la premisa sobre la base de la cual se desarrolla la posibilidad de que sean los jueces, o los jurados, los que impongan *exemplary damages.*

Tal como se puede apreciar, la especial relación entre las contravenciones civiles (*tort*) y los crímenes penales (*crime*) fue lo que justificó que los jurados terminen imponiendo *exemplary damages* o *punitive damages,* por lo que al ser conscientes de

---

51 Sobre el particular: MARTINS-COSTA, Judith y Mariana, SOUZA PARGENDLER, "Usos y abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)", R. CEJ, n. 28, 2005, pp. 17-18; BARATELLA, Maria Grazia, *Le pene private,* Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1-13.

52 Para un panorama bastante completo de la situación en Inglaterra, cfr. WILCOX, Vanessa, "*Punitive damages* in England", In *Punitive damages: common law and civil law perspectives* (Helmut Koziol y Vanessa Wilcox eds.), Tort and Insurance Law, vol. 25, pp. 7-53..

53 TALIADOROS, Jason, "The roots of *punitive damages* at *common law:* a longer history", *Cleveland State Law Review,* vol. 64, 2016, pp. 251-302.

54 Para una confrontación entre el tratamiento de los *punitive damages* en Inglaterra y Estados Unidos de América, puede consultarse RABOIN, Bradley, "Punish the Crown, but protect the government: a comparative analysis of State tort liability for *exemplary damages* in England and *punitive damages* in the United States", *Cardozo Journal of International & Comparative Law,* vol. 24, 2016, pp. 264-271; adicionalmente, para la diferenciación entre los *punitive damages* y los *aggravated damages,* cfr. SEBOK, Anthony y Vanessa WILCOX, "Aggravated damages", In *Punitive damages: common law and civil law perspectives* (Helmut Koziol y Vanessa Wilcox eds.), Tort and Insurance Law, vol. 25, pp. 257-274.

ello, y en tanto en los países del *civil law* existe la tendencia a diferenciar (por lo menos en el plano teórico) la responsabilidad penal de la responsabilidad civil[55], entonces vemos que no resulta reproducible la justificación de origen para la imposición de *punitive damages* por la jurisprudencia al ordenamiento jurídico peruano.

En función de lo que se ha indicado en esta sección, y descartada la posibilidad de justificar la forma en la que se ha reconocido al "daño punitivo" en los Plenos, no queda sino reafirmar su manifiesta ilegitimidad, razón por la cual los magistrados, en la solución de casos concretos, no se encuentran vinculados por los Acuerdos tomados por la Corte Suprema, sino que, en realidad, están obligados a no aplicarlos so pena de inaplicar principios y reglas constitucionalmente previstas.

IV. LAS IMPRECISIONES EN LA JUSTIFICACIÓN PARA LA INCORPORACIÓN DE LA *INDEMNIZACIÓN PUNITIVA* EN ORDENAMIENTO PERUANO

Conforme he indicado en el acápite precedente, la forma en la que se ha reconocido la procedencia de una *indemnización punitiva* es absolutamente ilegítima. Sin perjuicio de ello, considero que, es conveniente ingresar al fondo de la materia y por lo tanto es necesario cuestionarnos si la justificación empleada por el Pleno para admitir ese tipo de *indemnización* fue adecuada o no.

Tanto en el V como en el VI Pleno se indicó lo siguiente:

> "Es importante tener presente que nuestro ordenamiento no regula en forma expresa los daños punitivos, sin embargo, la aplicación de esta institución jurídica se puede realizar por una aplicación extensiva de los daños morales (...)".

Tal como se puede apreciar, los Plenos han recurrido a los daños morales, en específico, a una aplicación extensiva de los mismos, para justificar la procedencia de sumas de dinero por encima de la indemnización compensatoria, a título de "daño punitivo"[56] (rectius: *indemnización punitiva*).

Los términos en los que ha sido expuesta la justificación permite formular dos posibles lecturas.

---

55 En ese sentido se pronuncia, PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato,* Il Mulino, Bologna, 1992, p. 35.

56 Dicha aproximación no ha sido exclusiva de la realidad peruana, así: GEREMIAS, Elizabete y Rodrigo, GARCÍA SCHWARZ, "Responsabilidade civil e indenização por dano moral no Direito do Trabalho: a aplição da doutrina dos *punitive damages*", *Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho,* vol. 2, n. 2, 2016, pp. 175-194; sin embargo, la diferenciación entre *punitive damages* y el carácter punitivo-pedagógico del daño moral ha sido destacado en la doctrina brasileña por PETEFFI da SILVA, Rafael y Mark Pickersgill, WALKER, "*Punitive damages:* características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina", *Seqüência,* n. 74, 2016, pp. 304-309.

Por un lado, que sobre la base del reconocimiento de que el daño moral tiene una función punitiva, entonces es posible extender dicha función a otras indemnizaciones, reconociéndose así legitimidad a *indemnizaciones punitivas*; o, por otro lado, establecer que antes que el reconocimiento de una indemnización autónoma a la compensatoria, nos encontramos solamente ante un criterio de cuantificación del daño moral[57] que toma en consideración el comportamiento del agente.

Definitivamente, la segunda lectura evita las dificultades provenientes de reconocer que ciertas *indemnizaciones*, ajenas a un juicio de responsabilidad civil, pueden tener una función punitiva; por ello, es que considero necesario enfrentar la primera de las lecturas formuladas a fin de evaluar su validez. Para ello debemos abordar la afirmación, según la cual, el daño moral tiene una función punitiva.

IV.1. Sobre la (pretendida) monofuncionalidad de la indemnización del daño moral en el ordenamiento peruano

En primer lugar, debo ser enfático en precisar que la discusión no se puede centrar en establecer, como al parecer lo hacen ambos Plenos, si el daño moral, sea en su noción amplia o restringida[58], tiene una función punitiva.

Y es que, tal como se precisó en el apartado precedente, lo punitivo se refiere, en todo caso, a la indemnización y no al daño en sí mismo considerado, por lo que deviene en impreciso cuestionarnos sobre el rol punitivo (o no) del daño moral.

En segundo lugar, dado lo previamente expuesto, el problema a dilucidar consiste en determinar cuál es la función que desempeña la indemnización que se otorga a la víctima que ha sufrido un daño moral. La respuesta, a mi juicio, no es unívoca.

Y no es unívoca, desde mi punto de vista, debido a las particularidades que tiene el ordenamiento peruano en materia de responsabilidad civil; por lo que si bien existen posiciones que, en términos generales, sostienen que la indemnización del daño moral

---

57 Esta es la lectura que, en la doctrina peruana, ha planteado: ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional", *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial,* t. 52, octubre, 2017, pp. 20-21.

58 Sobre dicha diferenciación es de revisión: LEÓN HILARIO, Leysser, "Funcionalidad del «daño moral» e inutilidad del «daño a la persona» en el Derecho civil peruano", In *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas.* 3 ed., Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 348-356. Asimismo, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños", In *Daño corporal. Nuevas orientaciones en la experiencia jurídica francesa y peruana,* Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 119-126.

tiene o una función consolatoria[59] o una función punitiva[60], considero posible plantear una visión alternativa.

Dicha visión alternativa pasa por reconocer las características del formante legislativo peruano, como la forma cómo los Tribunales de Justicia se encuentran resolviendo los reclamos de indemnizaciones por daño moral.

Desde una perspectiva legislativa (formante legislativo), considero que la función de la indemnización del daño moral, por lo menos en la responsabilidad extracontractual, tiene una función mitigadora del daño sufrido, lo cual se sustenta en dos órdenes de razones.

En primer lugar, dado que la indemnización del daño puede ser tanto en forma específica, como por equivalente, entonces en aquellos escenarios en los que la víctima decida optar por una indemnización en forma específica frente a la comisión de un daño moral[61], como lo sería una rectificación[62] o la publicación de una sentencia, no estaremos ante una indemnización que tenga una función punitiva.

Lo anterior es complementado con el hecho de que en el ordenamiento peruano, la indemnización del daño moral no está supeditada a ninguna reserva legal, tal como

---

59 En ese sentido, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*)", In *Estudios sobre la responsabilidad civil,* tr. Leysser León, Ara, Lima, 2001, pp. 269-271: "La función eminentemente aflictivo-consolatoria del resarcimiento del daño extrapatrimonial queda así configurada, como una manifestación de la función satisfactoria de la responsabilidad civil desde una perspectiva diádica, en detrimento de la afirmación de una función reparatoria de aquél" (p. 271). Reafirma su posición Id, *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria,* Ob. cit., 2017, 26-28.

60 Esa es la posición formulada por: LEÓN HILARIO, Leysser, "Equívocos doctrinales sobre el daño moral. A propósito de un reciente artículo", In *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas.* 3 ed., Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 413-416; aunque con mayor énfasis, respecto de la tutela de los derechos de la personalidad: Id, *Derecho a la intimidad y responsabilidad civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de remedios civilísticos,* Cuaderno de trabajo, n. 2, Departamento de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, pp. 33-36.

61 Sobre la expresa posibilidad de aplicar el resarcimiento en forma específica para los casos de lesión de los derechos de la personalidad se ha pronunciado: BIANCA, Massimo, *Diritto civile,* t. 5: La responsabilità, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 218-219. En el ordenamiento peruano habla de "reparación inmaterial para el daño inmaterial", DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual,* Ob. cit., pp. 112-113.

62 Ha negado la posibilidad de que la "rectificación" posea naturaleza resarcitoria: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "La dimensión omnicomprensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños", Ob. cit. pp. 131-132.

sucede en los ordenamientos alemán o italiano, lo cual implica que no se requiere que, por ejemplo, se haya contravenido la ley penal para que proceda la reparación de esta clase daños.

En segundo lugar, en aquellos casos en los que la indemnización del daño moral sea por equivalente, tampoco es posible afirmar, de forma automática, que aquella tenga una función punitiva, ello en virtud de lo establecido por el legislador peruano, el cual, ha tomado como criterios para su cuantificación su magnitud y el menoscabo que el daño produce en la víctima o en sus familiares (art. 1984 c.c.[63]).

Vemos que los parámetros para la cuantificación[64], tales como la conducta del agente, su reincidencia, el patrimonio del agresor, si el agresor actuó con dolo, entre otros, no son criterios tomados en consideración para la cuantificación de la indemnización pecuniaria del daño moral, por lo menos no en lo que al formante legislativo se refiere; lo cual conlleva, en mi opinión, a reconocer una toma de posición expresa respecto a que este tipo de indemnización del daño moral no conlleva, *per se*, una función punitiva[65].

Ahora, desde una perspectiva jurisprudencial (formante jurisprudencial), el tratamiento que recibe la indemnización pecuniaria del daño moral es, en ciertos casos, diferente; ya que se recurre para su cuantificación, en la vía de los hechos, a criterios vinculados a la conducta del agente[66], tales como los enunciados de forma precedente, antes que a la magnitud del daño.

Por ejemplo, dicha situación procede cuando de por medio se ha producido una afectación a los derechos de la personalidad, en donde, dada la imposibilidad de mitigar o satisfacer el daño sufrido en la víctima, la función punitiva de la indemnización por equivalente es aquella que termina por atender el interés de la víctima.

---

63 **Código civil peruano. Artículo 1984**.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

64 Sobre la problemática de cuantificación del daño moral, en el ordenamiento peruano, puede revisarse: BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo, "La paradoja de la reparación de los daños no patrimoniales y el problema de la cuantificación del daño. ¿Cuánto vale tu mano derecha?", *Gaceta civil & procesal civil,* n. 38, agosto, 2016, pp. 129-167.

65 En ese sentido, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual,* Ob. cit., pp. 60-62.

66 Ha sido en sede penal, curiosamente, donde se han emitido sentencias que hacen énfasis en el carácter punitivo de la indemnización del daño moral al momento de determinar la reparación civil; por ejemplo destacan: (i) Caso Magaly Medina v. Paolo Guerrero; (ii) Caso niña Romina; (iii) Caso Ivo Dutra; (iv) Caso Oyarce; (v) Caso Kouri; estos casos han sido cabalmente reseñados por LEÓN HILARIO, Leysser, Ponencia: "Perspectivas críticas sobre los llamados daños punitivos en el V Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia", organizado por la Comisión de Capacitación del Área Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 18 de agosto de 2017. Disponible: https://www.youtube.com/watch?v=4xe2VqgTC3o

Sobre la base lo previamente indicado, afirmar que la indemnización del daño moral tiene una función de consolación es negar parte del formante jurisprudencial en nuestro ordenamiento; a su turno, considerar que la función de la indemnización del daño moral es punitiva, implica dejar de lado los alcances del formante legislativo.

En este contexto, considero que la indemnización del daño moral en el ordenamiento peruano no puede considerarse como monofuncional, ya que en función del interés de la víctima y de la forma de actuación de la jurisprudencia, en algunos casos, la función será solamente mitigadora, pero en otros será punitiva.

En esta línea, desde mi punto de vista, es posible afirmar que la indemnización del daño moral en el ordenamiento peruano tiene una función que oscila entre la mitigación y la punición. En consecuencia, soy de la opinión que los Plenos yerran al sugerir que la indemnización del daño moral, únicamente, tiene una función punitiva.

IV.2. Revisión de los confines punitivos de la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano

En el apartado precedente he sostenido que la indemnización del daño moral desarrolla, aunque no exclusivamente. una función punitiva, lo cual, entra en colisión con aquellas aproximaciones que privilegian una función compensatoria de la responsabilidad civil.

Dados los perfiles del formante legislativo en materia de la indemnización resarcitoria, que no ha previsto la función punitiva para la responsabilidad civil, puede dudarse válidamente de la legitimidad de la actuación de la jurisprudencia, que sí reconoce dicha función.

Ante esta situación, considero que una lectura que compatibilice el formante legislativo con el formante jurisprudencial pasa por reconocer que la indemnización del daño moral tiene, como regla general, una función mitigadora del daño, de conformidad a lo establecido en c.c.; y solo, excepcionalmente, establecer que puede tener una función punitiva, atendiendo a las circunstancias de cada caso. Bajo esta directriz es posible advertir tres escenarios.

En primer lugar, indemnización del daño moral no desplegará una función punitiva en los casos en los cuales la víctima haya solicitado una indemnización en forma específica o, cuando habiendo solicitado una indemnización pecuniaria, la víctima sustente el monto en parámetros exclusivamente vinculados a la magnitud del daño sufrido.

En segundo lugar, en aquellos casos en los que la víctima reclama una indemnización pecuniaria para hacer frente al daño moral, y no hace mención a algún

criterio de cuantificación en particular, el juzgador debe aplicar los criterios establecidos normativamente, los cuales no hacen alusión a la conducta del infractor, sino a la magnitud del daño sufrido, por lo que tampoco la indemnización debería tener una función punitiva.

Finalmente, si la víctima reclama una indemnización por equivalente y, expresamente, sustenta el monto de la misma en parámetros vinculados a la conducta del agente, aún en ese caso, el juzgador no debería aplicarlos de forma inmediata, ya que si la finalidad de esa indemnización es punir, se debe evitar que el agresor sea sancionado más de una vez por los mismos hechos[67].

En función de lo anterior es que, desde mi punto de vista, se puede preservar la opción asumida por el formante legislativo respecto de la función mitigadora de la indemnización del daño moral, pero no se impide que la jurisprudencia pueda establecer, excepcionalmente, una función punitiva de este tipo de indemnización en el ordenamiento peruano. Nótese que no estoy afirmando una función compuesta de la indemnización del daño moral[68], sino el reconocimiento de una función legislativamente prevista (mitigadora), y de forma subsidiaria una función que pueda ser desempeñada por la jurisprudencia (punitiva), en función de las directrices sugeridas.

Sin perjuicio de lo previamente expuesto, cabe cuestionarse si únicamente en el ámbito de la indemnización del daño moral es posible reconocer un rasgo punitivo, que no genere tanto debate, en la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano. Considero que no.

Si nos situamos en el área de la responsabilidad por inejecución de obligaciones se tiene que, en virtud del art. 1321 c.c., la indemnización de daños comprende, como regla general, a todos los daños que fueron previsibles al momento en que estableció la obligación.

Sin embargo, esta regla que caracteriza a la responsabilidad por inejecución de obligación y que la diferencia de la responsabilidad extracontractual[69], no es absoluta, ya que solo se aplica en aquellos escenarios en los que el incumplimiento de la obligación se debió a culpa leve del deudor.

---

67 Han llamado la atención sobre el particular, con relación al V Pleno: OLAVARRÍA PARRA, María José y Micaela, BRAUL ANAYA, "Los daños punitivos a propósito del V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral", *Gaceta civil & procesal civil,* n. 54, diciembre, 2017, pp. 217-218.

68 Como lo ha indicado, por ejemplo, DI MAJO, Adolfo, *La tutela civile dei diritti,* 4 ed., Giuffrè, Milano, 2003, pp. 253-254, cuando refiere a un sistema bipolar del resarcimiento del daño no patrimonial: satisfactiva-sancionatoria.

69 Sugiere revisar tal diferencia, proveniente de la distinción entre delito y cuasidelito civil, BANFI DEL RÍO, Cristián, "Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes", *Revista Ius et Praxis,* n. 2, año 18, 2012, pp. 3-32.

En ese sentido, si el incumplimiento se debe a culpa grave o dolo del deudor, la indemnización no solo se limitará a los daños previsibles, sino que, adicionalmente, se deberán cubrir los daños imprevisibles.

Si se aprecia bien, lo que se produce en el supuesto descrito en el párrafo anterior es una ampliación de la indemnización a cargo del deudor, sobre la base de un criterio que no atiende a la realización de un mayor daño, sino, exclusivamente, al particular comportamiento del causante del daño: el dolo o la culpa grave en su accionar.

Bajo estos términos, no cabe duda alguna que en la responsabilidad por inejecución de obligaciones prevista, desde el propio formante legislativo del ordenamiento peruano, desarrolla una connotación punitiva en los casos en los cuales el incumplimiento se dio a dolo o culpa grave del deudor, la ampliación en la extensión del resarcimiento, así lo demuestra[70].

A partir de lo expuesto, tanto en la indemnización del daño moral (de forma subsidiaria, como se había adelantado, y no de forma compuesta como sostiene una doctrina) como en la indemnización por el incumplimiento derivado de dolo o culpa grave, la responsabilidad civil despliega un rol punitivo en el ordenamiento jurídico peruano.

Vistas las cosas bajo esta óptica, el hecho que los Plenos hayan recurrido, únicamente, al daño moral para tratar de justificar una función punitiva dentro de los propios cauces de la responsabilidad civil, es no solo parcial (dada la función mitigadora de este tipo de indemnización), sino insuficiente (dada la función punitiva de la indemnización contractual por dolo o culpa inexcusable).

IV.3. Los límites a la regla de la reparación integral de la víctima y la viabilidad de los *punitive damages* en el ordenamiento peruano

En el apartado precedente hemos reconocido los espacios en los que la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano despliega una función punitiva, incluso desde el propio formante legislativo.

De aceptar dicha premisa, se arriba a una conclusión inevitable: el denominado criterio de la reparación integral de la víctima o de equivalencia de la responsabilidad civil respecto del daño sufrido no es de carácter absoluto[71]. Ello implica que, en ciertos casos,

---

70 Sobre la función punitiva en el ámbito del incumplimiento del contrato es de revisión BENATTI, Francesca, *Correggere e punire dalla* law or torts *all'inadempimento del contratto,* Giuffrè, Milano, 2008, pp. 135-218; Id, "Inadempimento del contratto e danni punitivi", *Rassegna di diritto civile,* n. 3, 2013, pp. 846-858.

71 El principio de reparación integral de los daños no es considerado como absoluto, ni siquiera en Francia que es aquel ordenamiento en el que se forjó, así lo informa LEDUC, Fabrice, "¿Tiene algún sentido la reparación integral del daño corporal?", In *Daño corporal. Nuevas orientaciones en la experiencia jurídica francesa y peruana,* Instituto Pacífico, Lima, 2017,

la responsabilidad civil no solo no puede, sino que no debe, atender al resarcimiento de todos los daños sufridos por la víctima.

En el caso del daño moral, que es naturalmente reconocido como el ámbito en el que no es viable su reparación a comparación de los daños materiales, la responsabilidad civil no puede pretender realizar un resarcimiento integral de los mismos, ya sea porque al desplegar su función mitigadora estaremos ante un escenario de subcompensación; o porque al desplegar su función punitiva estaremos ante un supuesto de sobrecompensación.

En el caso de la indemnización derivada del incumplimiento de obligaciones, incluso para daños materiales, la indemnización no puede desplegar un resarcimiento integral de los mismos, o bien porque si el incumplimiento fue por culpa leve no se resarcirá los daños imprevisibles (generando un supuesto de subcompensación) o bien porque si el incumplimiento fue por dolo o culpa grave, se resarcirá los daños imprevisibles (lo que podría generar escenarios de sobre compensación).

Situando en su real dimensión la regla de la reparación integral del daño sufrido, considero que el mismo no puede ser empleado[72], con certeza, como justificativo para impedir el eventual reconocimiento, siempre que se usen las vías correspondientes, de la categoría de los *punitive damages* con un adecuado diseño normativo en el ordenamiento peruano.

Y es que si en la actualidad se admite que la indemnización por daños y perjuicios pueda ser (fisiológicamente) compensatoria, sobrecompensatoria o subcompensatoria, no aparece como incompatible con la idea de regular, a través de disposiciones normativas

---

pp. 185-198; así también se ha indicado en ordenamientos directamente influenciados por el ordenamiento galo: DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Los límites al principio de reparación integral", *Revista chilena de Derecho Privado,* n. 15, diciembre, 2010, pp. 9-28; SANDOVAL GARRIDO, Diego Alejandro, "Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctima", *Revista de Derecho Privado,* n. 25, 2013, pp. 235-271; en el ordenamiento peruano reconocen los límites de este principio: LEÓN HILARIO, Leysser, "Inflando los resarcimientos con automatismos. El «daño al proyecto de vida» y otros espejismos de nuestra magistratura", In *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas.* 3 ed., Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 461-465; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "La experiencia jurídica francesa en materia de daños corporales: el *Rapport* Dintilhac", In *Daño corporal. Nuevas orientaciones en la experiencia jurídica francesa y peruana,* Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 93-95.

72 Así lo han sostenido, con ocasión del análisis del V Pleno, BARDALES SIGUAS, Luis, "Un intento fallido de trasplante legal: los *punitive damage* por despido arbitrario", *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial,* t. 52, octubre, 2017, pp. 44-46; GELDRES CAMPOS, Ricardo, "Los daños punitivos en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional", *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial,* t. 52, octubre, 2017, p. 74; PUNTRIANO ROSAS, César, "Objeción a la indemnización por daño moral y a los *daños punitivos*", *Diálogo con la jurisprudencia*, n. 228, setiembre, 2017, pp. 30-31.

expresas, supuestos que habiliten el pago de *punitive damages* y menos aún se puede considerar que se contravenga el orden público[73] interno del ordenamiento peruano, aunque lo relevante es el orden público internacional.

En este punto cabe resaltar que el hecho de que se haya reconocido que la responsabilidad civil en el ordenamiento peruano pueda cumplir una función punitiva, no impide que se pueda discutir (ahora sí) una importación de los *punitive damages*, así como su conveniencia jurídica.

Y es que dado que la función punitiva se encontraría acotada a supuestos en particular (de forma subsidiaria en la indemnización del daño moral y como regla general en la indemnización derivada de incumplimiento contractual doloso o negligente), existen escenarios, no comprendidos en los anteriores, en los que se podría justificar la incorporación de los *punitive damages.*

No obstante, respecto de los supuestos no comprendidos[74], es necesario precisar que caben dos alternativas, incluirlos dentro del ámbito de la responsabilidad civil, lo que reafirmará la función punitiva de esta área del Derecho Privado o, alternativamente, reconocerlos a través de la aplicación de sanciones punitivas o penas privadas legales, ajenas a la responsabilidad civil.

---

73 Sobre el particular, y en específico las implicancias del orden público, GRONDONA, Mauro, "L'auspicabile «via libera» ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)", *Diritto Civile Contemporaneo,* n. III, Anno III, 2016, pp. 1-23 (de la versión en pdf), Id. "Le direzzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e *punitive damages*", *La nuova giurisprudenza civile commentata,* n. 10, 2017, pp. 1392-1399. Para una visión panorámica de los resultados de confrontar el orden público y los *punitive damages* puede consultar: VANLEENHOVE, Cedric, "A normative framework for the enforcement of U.S. *punitive damages* in the European Union: transforming the traditional ¡no pasarán!", *Vermont Law Review,* vol. 41, 2016, pp. 351-353; asímismo, TESCARO, Mauro, "I *punitive daamges* nordamericani: *Bundesgerichtshof, Cour de cassation* e Sezioni Unite della Cassazione a confronto", *Lavoro Diritti Europa,* fs. 1, 2017, pp. 1-15; TOLANI, Madeleine, "U.S. *punitive damages* before german courts: a comparative analysis with respect to the ordre public", *Annual Survey of International & Comparative Law,* vol. 17, 2011, pp. 185-207; D'ALESSANDRO, Elena, "Reconocimiento y exequatur en Italia de sentencias que condenan al pago de daños punitivos", *Revista de Derecho Privado,* n. 34, 2018, pp. 313-326, en la que se analiza el cambio de criterio de la Corte de Casación italiana con las Secciones Unidas 16601 de 2017.

74 Realiza una enumeración de algunos supuestos: GALLO, Paolo, *Pene private e responsabilità civile,* Giuffrè, Milano, 1996, pp. 83-169, tales como: (i) supuestos de responsabilidad sin daño; (ii) situaciones en las que el agente obtiene un lucro superior respecto a los daños efectivamente sufridos; (iii) supuestos en donde la posibilidad de ser condenado en concreto a resarcir los daños es inferior respecto de la posibilidad de causarlos efectivamente; (iv) escenarios de lesiones menores; y, (v) supuestos de responsabilidad por dolo; asume la misma clasificación de supuestos, en nuestro medio, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria.* Ara, Lima, 2017, pp. 29-31.

Lo anterior determina que no es necesaria en el ordenamiento peruano la incorporación de los *punitive damages*, en tanto se los entienda como parte de la responsabilidad civil, pero no porque se cuente con instrumentos propios que afronten los mismos problemas, sino porque existen mecanismos alternativos, en nuestro ordenamiento, para incorporar la aplicación de sanciones pecuniarias que, si bien pueden estar condicionadas, no dependan, de la tutela resarcitoria.

A modo de conclusión de este acápite, puedo señalar que la visión que utilizaron los Plenos para justificar la incorporación de *indemnizaciones punitivas*, a partir de una extensión de la función punitiva del daño moral, no reviste de la coherencia suficiente, en atención a la situación del formante legal y jurisprudencial existente en nuestro ordenamiento, lo cual no impide que, en un futuro, se pueda discutir la incorporación de verdaderos *punitive damages.*

V. LAS CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DE LOS *PUNITIVE DAMAGES* Y LAS DEFICIENCIAS DEL DISEÑO DE LA *INDEMNIZACIÓN PUNITIVA* ELABORADO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PERUANA

En el apartado precedente he concluido que nada impide que, bajo la situación actual del ordenamiento peruano, sea viable la incorporación de los *punitive damages* al mismo; sin embargo, y esto lo quiero dejar claramente establecido, en dicha discusión no se debe seguir los lineamientos dados por los Plenos al momento de diseñar las *indemnizaciones punitivas*.

Si la Corte Suprema consideró que, a través del reconocimiento de lo denomina como “daño punitivo”, estaba dándole carta de ciudadanía a los *punitive damages*, en tanto institución propia del *common law,* cometió una patente equivocación ya que empleó un diseño equívoco de dicha categoría, quizá por recurrir a referencias vagas de doctrina extranjera[75] o de una doctrina nacional que tocó el tema de forma incidental[76]; a pesar de

[75] Los Plenos hacen referencia, en este extremo, a la noción y función, en abstracto, del “daño punitivo”; sin embargo, para ello recurre a dos textos de profesores colombianos. Sin embargo, todo parece indicar que el único texto revisado fue el de GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria y María Carolina, HERRERA LOZANO, “El concepto de daños punitivos o *punitive damages*”, *Estudios socio-jurídicos,* Bogotá, 2003, pp. 211-229, ya que en este se encuentran tanto la segunda referencia doctrinaria (también colombiana) que realiza el Pleno, así como como una referencia, no citada en el Pleno, a la obra Traité de Droit Civil, Les obligations. La responsabilité: effets de Genevieve Viney. Esta situación es lamentable cuando se cuenta con información en castellano que es mucho más detallada, así por ejemplo: SALVADOR CODERCH, Pablo, “Punitive damages”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* n. 4, 2000, pp. 139-152; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Daños punitivos,* Thomson Reuters, 2012, pp. 55-159.

[76] Me refiero a la descripción panorámica, que respecto de las funciones de la responsabilidad civil, ha realizado CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo, “Las funciones de la responsabilidad civil: delimitación de la función de responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil peruano”, *Libro de Ponencias del VIII Congreso Nacional de Derecho Civil,* Instituto Peruano de Derecho Civil, Lima, 2013, pp. 174-175.

que en nuestra doctrina se contaba con aportes concretos[77] sobre el funcionamiento y reparos que se puede realizar a la incorporación de los *punitive damages.*

En cuanto al diseño normativo de los *punitive damages*, se ha indicado[78] con precisión que tres son sus aspectos centrales que son relevantes desde una perspectiva de *iure condendo*; a saber: (i) la naturaleza particular o general del remedio; (ii) el establecimiento de límites a su cuantía; y, (iii) la posibilidad de devolver parte de la suma liquidada a fondos estatales o de interés público.

Dado que el primero de los aspectos se encuentra en revisión[79], y depende más de una política legislativa antes que de un aspecto estructural, me detendré en los otros de

---

77 Así tenemos los desarrollos de: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual,* Ob. cit., pp. 50-62; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*)", Ob. cit., pp. 262-268; LEÓN HILARIO, Leysser, *Derecho a la intimidad y responsabilidad civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilístios,* Ob. cit., pp. 34-35; ampliando luego su posición en: LEÓN HILARIO, Leysser, "¡30,000 Dólares por daños morales en un divorcio! De cómo el daño al proyecto de vida continúa inflando peligrosamente los resarcimiento", In *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas.* 3 ed., Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 456-457.

78 BENATTI, Francesca, "I danni punitivi nel panorama attuale", *Giustizia Civile,* n. 5, mayo, 2017, p. 4 (del documento en pdf).

79 Cuando se contrapone la naturaleza particular o específica del remedio frente a la general, normalmente se hace alusión; por un lado al sistema inglés; y, por otro lado al sistema norteamericano, respectivamente. Así, a partir de la Sentencia de la House of Lord en la causa Rookes v. Barnard (1964), se suele reconocer en el sistema inglés una lista taxativa de hipótesis (remedio de naturaleza específica) en las que procedía la imposición de los *punitive damages*; a saber: (i) la violación de derechos fundamentales de los ciudadanos por parte de la Administración Pública; (ii) los escenarios en los que la intención del sujeto dañador de obtener una ganancia injustificada, no pueda ser sancionada por otra vía; y, (iii) los casos en los que los *punitive damages* están previstos en una disposición normativa, lo cual ya ha sido informado, entre nosotros, por LEÓN HILARIO, Leysser, *Derecho a la intimidad y responsabilidad civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos,* Ob. cit., p. 30. Sobre el particular, en esta sede, me limito a informar que dicha taxatividad, como indico en el texto se encuentra en revisión, ya que tal como lo informa GOTANDA, John Y., "Punitive damages: a comparative analysis", *Columbia Journal of Transnational Law,* n. 42, 2004, pp. 11-12 (de la versión en pdf), en el año 2001, la House of Lords rechazó la taxatividad de los supuestos de procedencia de *punitive damages* en el caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary,* en el cual se reclamaba *punitive damages* por abuso de autoridad de un oficial de policía. Tanto en primera instancia como en The Court of Appeal denegaron los *punitive damages,* pero en la House of Lords, el Lord Slynn indicó que "such a rigid rule seems to me to limit the future development of the law even within the restrictive categories adopted by Lord Devlin in a way wich is contrary to the normal practice of the court (...)", con lo cual se arribó a la conclusión según la cual no se debe centrar la atención, para la procedencia de los *punitive damages,* en la causa de la

los dos y añadiré un elemento adicional que fue mencionado expresamente por la Corte Suprema, el referido a la autonomía o dependencia de la *indemnización punitiva* respecto de la indemnización compensatoria, en el (equívoco) diseño del "daño punitivo". La importancia de lo previamente expuesto se encuentra en que, si en algún momento, el legislador peruano tiene la intención de regular normativamente a los *punitive damages,* el modelo desarrollado por la Corte Suprema no es el adecuado, por lo que no debe ser tomado como referencia.

V.1.La posibilidad de establecer límites cuantitativos al monto de los *punitive damages*

Los Plenos aluden a que el propósito de los "daños punitivos" es "castigar a quien produce un daño y disuadir tano al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina, por lo que en dicho contexto establecen límites al monto de la *indemnización punitiva* en las hipótesis previstas en el V y VI Pleno, aunque con un alcance diferente.

En el V Pleno, la Corte Suprema con relación a las hipótesis de despido incausado y fraudulento, señaló lo siguiente:

> "En este caso, con la finalidad que el monto que se ordene pagar por daños punitivos no sea exagerado, ni diminuto, se debe establecer un patrón objetivo para calcular el mismo. Así se ha tomado en consideración como monto máximo por daños punitivos una suma equivalente al monto dejado de aportar por el trabajador, sea al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro sistema previsional al que esté obligado pertenecer por mandato de ley".

Por su parte, para los casos de accidentes laborales, para las tres hipótesis expresamente previstas,, en el VI Pleno se precisó lo siguiente:

> "En este caso, con la finalidad de que el monto que se ordene pagar por daños punitivos no sea exagerado, ni diminuto, se debe establecer que el juez fijará dicho monto con criterio prudencial, atendiendo a las características del caso en concreto, no pudiendo exceder el total del monto indemnizatorio ordenado pagar por daño emergente, lucro cesante o daño moral. Se sustenta la figura del daño punitivo, por la misma naturaleza vejatoria de la puesta en peligro de la vida y salud del trabajador".

---

acción, sino en las circunstancias que la rodean, lo cual conlleva una ampliación de la forma en la que se entiende la forma interpretar los supuestos taxativos antes indicados.

Tal como se puede apreciar, la Corte Suprema ha establecido un sistema de topes máximos para el monto de las *indemnizaciones punitivas*, pero atendiendo a dos parámetros diferentes: (i) en un caso se recurre al monto correspondiente al aporte al sistema de pensiones dejado de realizar desde la fecha del despido hasta la reposición; y, (ii) en el otro caso se opta por atender al monto de la indemnización compensatoria resultante del resarcimiento del daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.

En este punto cabe indicar que, a diferencia de lo que se puede considerar, en los países del sistema del *common law* que aplican *punitive damages*[80] se han establecido, por diversas vías, límites cuantitativos al monto que se otorga por este tipo de indemnizaciones, ello ante la constatación fáctica de que al momento de imponerlos, generalmente por parte de los jurados, las cuantías eran excesivas y desproporcionadas.

Así por ejemplo, según se nos informa[81], en el ordenamiento federal norteamericano se pueden mencionar las siguientes modalidades: (i) decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema; (ii) establecimiento de topes (caps) a través de regulaciones estatutarias de ciertos estados[82]; (iii) elevación del estándar de la carga de la prueba; (iv) destinar el pago a fondos estatales; (v) requerir que el demandante pruebe la solidez patrimonial del demandado; (vi) separación de jurados para la determinación de la procedencia y del monto de los *punitive damages*; y, (vii) determinación judicial del monto de este tipo de daños.

Vemos, entonces que ante la necesidad de evitar o atemperar las decisiones que han impuesto *punitive damages* excesivos, se han establecido una variedad de mecanismos, a través de los cuales, tanto en decisiones jurisprudenciales[83] como

---

80 GOTANDA, John Y., "Punitive damages: a comparative analysis", *Columbia Journal of Transnational Law,* n. 42, 2004, pp. 11-12

81 MOMIOKA, Hironari, "Punitive damages revisited: a statistical analysis of how Federal Circuit Courts decide the Constitutionality of such awards", *Cleveland State Law Review,* vol. 65, 2017, pp. 381-382.

82 En la misma línea, BENATTI, Francesca, "I danni punitivi nel panorama attuale", *Giustizia Civile,* n. 5, mayo, 2017, p. 4 (del documento en pdf), precisa de la existencia de algunos modelos derivados de intervenciones legislativas estatales: (i) fijar un múltiplo de los daños compensatorios o un determinado importe, aquel que sea mayor, (ii) establecer solo un múltiplo, (iii) limitar a un cierto importe indicado, (iv) distinguir entre daño no físico y físico, (v) imponer un porcentaje o un máximo basado sobre las finanzas del demandado y/o sobre el patrimonio neto (p. 10)

83 Sin embargo, se ha destacado los problemas, con relación al efecto disuasivo de los *punitive damages,* que tiene el hecho de que la Corte Suprema haya impuestos límites "razonables" a su cuantía, así: MARSHALL, Kevin S. y Patrick, FITZGERALD, "*Punitive damages* and The Supreme Courts reasonable relationship test: ignoring the economics of deterrence", *Journal of Civil Rights and economic development,* vol. 19, n. 2, 2005, pp. 237-258.

regulaciones en los estatutos normativos estatales, lo que se ha buscado es evitar caer en escenarios de "running wild" o "skyrocketing".

En lo que corresponde a limitaciones impuestas por decisiones jurisprudenciales[84] cabe resaltar; en primer lugar, la decisión recaída en *BMW of North America, Inc. v. Gore* (1996), en la cual, luego de más de doscientos (200) años, empezó a introducir límites a las decisiones que concedían *punitive damages* excesivos. En el caso, el jurado otorgó a Gore US$ 4,000 como indemnización compensatoria y US$ 4 millones como *punitive damages*, los cuales fueron finalmente reducidos a US$ 2 millones. en un caso en el que se reclamaba fraude, bajo las leyes de Alabama, por haber vendido como nuevo un automóvil que había sido dañado y repintado para la venta.

En esta decisión, The Supreme Court determinó tres criterios para la revisión de la cuantía de los *punitive damages;* a saber: (i) el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado (ii) la proporción entre los *compensatory* y *punitive damages*[85]*;* y, (iii) la diferencia entre la decisión que impone el *punitive damage* y las sanciones que podrían ser impuestas por conductas similares.

En segundo lugar, debe mencionarse la decisión recaída en el caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell* (2003), en la que Campbell recibió por el jurado US$ 2.5 millones por *compensatory damages* y US$ 145 millones por *punitive damages*, los cuales fueron primero reducidos a US$ 25 millones, pero luego reajustados a la suma inicial por la Supreme Court de Utah, en un caso en el que se alegaba que un reclamo de seguros fue resuelto con mala fe, fraude y la lesión intencional de estrés emocional.

En este caso, The Supreme Court, precisa los criterios establecidos en el caso Gore e indica que los criterios de revisión de los *punitive damages* son los siguientes[86]: (i) el grado de reprochabilidad de la conducta del agresor[87]; (ii) la proporción entre el actual o

---

84 En lo que sigue, comparto lo expresado por MOMIOKA, Hironari, Ob. cit., pp. 384-390.

85 Sobre el particular, BEHRENS, Mark, SILVERMAN, Cary y Christopher, APPEL, "Calculating *punitive damages* ratios with extracompensatory attorney fees and judgment interest: a violation of the United States Supreme Court's Due Process Jurisprudence?", *Wake Forest Law Review,* vol. 48, 2013, pp. 1295-1326.

86 McMICHAEL, Benjamin, "Constitutional limitations on *Punitive damages:* ambiguous effects and inconsistent justifications", *Vanderbilt Law Review,* vol. 66, pp. 961-1013.

87 Respecto de este extremo, *The Supreme Court* señaló que los criterios con los que debe valorarse este parámetro son los siguientes: (i) si el daño causado fue síquico o económico; (ii) si la conducta del demandado evidencia una indiferencia por la seguridad o la salud de otros; (iii) si el demandante hubo experimentado dificultades financieras o fuese de otra manera vulnerable; (iv) si la conducta que generó el conflicto fue un aislado incidente o si ha sida reincidente la conducta del demandado; y, (v) si la conducta del demandado exhibe malicia, astucia o engaño.

potencial daño y la decisión que impone el *punitive damage*[88], y, (iii) la diferencia entre la sanción para conductas comparables y la decisión del *punitive damage*[89]. En este contexto es que se establece el "single-digit ratio" estableciendo que entre la indemnización compensatoria y los *punitive damages* debe haber un ratio de 9:1, el cual; sin embargo, podía diferir en los casos en concreto, tal como sucedió en el caso *Exxon Shipping Company v. Baker* que se mencionará más adelante.

En tercer lugar, podemos mencionar el caso *Philip Morris USA* v. *Williams* (2007), en el que el demandante recibió la suma de US$ 821,000 por *compensatory damages* y la suma de US$ 79.5 millones. La controversia se refería a la muerte de un fumador, en el que se alegó que el fabricante de los cigarros, de forma consciente, generó la creencia de que fumar era seguro. En este caso, The Supreme Court dispuso, como lo había indicado en casos anteriores, que se había violado la *Due process clause*. Asimismo, se declaró como inconstitucional que el jurado, al momento de determinar la cuantía de los *punitive damages*, tome en cuenta los daños generados a terceros ajenos al proceso.

Finalmente, se debe destacar el caso *Exxon Shipping Company v. Baker* (2008) en la cual se estableció la regla "one to one ratio". En el caso, Exxon[90] fue negligente al contratar como capitán de un petrolero que era alcohólico y que causó el derramamiento de once millones de galones de petróleo crudo. Se otorgó US$ 287 millones por *compensatory damages* y US$ 5 mil millones (que luego se redujeron a 2.5 mil millones) por *punitive damages*.

En lo que concierne a la regulación de los estatutos normativos estatales, y en particular la modelo de fijación de montos límites, que es la habría sido tomada por los Plenos, si bien se ha cuestionado la constitucionalidad de la imposición de *caps* a los *punitive damages*[91], lo cierto es que se ha establecido, a través de análisis empíricos[92],

---

88 Respecto de este extremo, *The Supreme Court,* a diferencia de casos anteriores en los que expresamente había declinado la posibilidad de adoptar una "bright-line" respecto de la cual no podían excederse los *punitive damages,* en esta ocasión la Corte implementó la "proporción de un dígito" como parámetro para determinar la razonabilidad de los *punitive damages*, así dictaminó lo siguiente: "(...) few awards exceeding a single-digit ratio between compensatory and punitive damages, to a significant degree, will likely satisfy du process (...)"..

89 Respecto de este extremo, *The Supreme Court,* precisó que este criterio no debía ser entendido en el sentido que los *punitive damages* podía ser usados como un sustituto de la sanción criminal.

90 Sobre el caso: LENS, Jill Wieber, "Procedural Due Process and Predictable Punitive Damage Awards", *Brigham Young University Law Review,* 2012, pp. 1-71.

91 RUSSELL, Lynsey, "Statutory caps on punitive damages: are they infringing on your rights", *Missouri Law Review,* vol. 80, 2015, pp. 864-869. En específico, la Corte Suprema de Misouri, luego de pronunciamientos en los cuales no realizó ningún cuestionamiento al tope fijado en los *Misouri Revised Statutes*, en específico la Sección 510.265; a través, del caso Lewellen v. Franklin señaló que la existencia de este tipo de limitación contravenía el *right to*

que estos no inciden en la decisión respecto a la procedencia o no de los *punitive damages*, sino que impactan directamente en el monto que se asigna por este tipo de resarcimientos.

Desde esa misma línea se aprecia que el problema no es establecer ciertos límites al monto de los *punitive damages*[93], sino, como bien se ha indicado[94], en calibrarlos adecuadamente para puedan disuadir, eficientemente, la conducta lesiva, ya que lo contrario ocasionará escenarios de sub o sobre disuasión.

Bajo esta línea de argumentación, es que comparto la opinión crítica de quien ha señalado[95] que el parámetro establecido en el V Pleno genera, adolece, por lo menos de los siguientes defectos: (i) establece una anticipación de la cuantía de la *indemnización punitiva* que la acerca a un sistema de precios antes que de sanciones; (ii) fija un criterio de cuantificación vinculado a la víctima, lo que contradice la función disuasiva que se quiere reconocer a la *indemnización punitiva*[96]; y, (iii) crea un criterio discriminatorio, ya que la sanción frente al despido incausado o fraudulento, no dependerá de la gravedad de la conducta, sino de la remuneración (variable de persona a persona) del trabajador.

---

a trial by jury (derecho a ser juzgado por un jurado); MICELI, Thomas y Michael, STONE, "The determinants of state-level caps on *punitive damages:* theory and evidence", *Contemporary Economic Policy,* vol. 31, n. 1, 2013, pp. 110-125.

92 McMICHAEL, Benjamin y W. Kip, VISCUSI, "The punitive damages calculus: the differential incidence of state punitive damages reforms", *Southern Economics Journal,* n. 24 (1), 2017, pp. 92-96.

93 Sobre el particular es interesante el studio que realizaron GREENE, Edith, COON, David y Brian H., BORNSTEIN, "The effects of limiting punitive damage award", *Law and human behavior,* vol. 25, n. 3, pp. 2001, pp. 217-234, en el cual muestran evidencia según la cual, la existencia de límites a los *punitive damages*, no determina, necesariamente, que se traslade a la indemnización compensatoria dicha necesidad de sanción.

94 McMICHAEL, Benjamin y W. Kip, VISCUSI, Ob. cit., p. 82.

95 BARDALES SIGUAS, Luis, "Un intento fallido de trasplante legal: los *punitive damage* por despido arbitrario", *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial,* t. 52, octubre, 2017, pp. 48-49.

96 Con ocasión del V Pleno se ha sugerido que un mecanismo para que la víctima recupere las ganancias que el daño habría generado en el agente sería el enriquecimiento sin causa, así: GELDRES CAMPOS, Ricardo, "Los daños punitivos en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional", *Gaceta civil & procesal civil, registral y notarial,* t. 52, octubre, 2017, p. 74, sobre el particular, más allá de la corrección del argumento, lo cierto es que con relación al V Pleno, con razón, se ha indicado que no resulta válido un razonamiento que asuma que el monto dejado de aportar al sistema previsional implique un enriquecimiento para el empleador, ya que la obligación de aportar es del trabajador, siendo el empleador un retenedor, cfr. OLAVARRÍA PARRA, María José y Micaela, BRAUL ANAYA, "Los daños punitivos a propósito del V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral", *Gaceta civil & procesal civil,* n. 54, diciembre, 2017, pp. 217-218.

Por el contrario, la situación es ciertamente diferente en el caso del VI Pleno, ya que en dicho caso se ha vinculado el monto máximo de la *indemnización punitiva*, a la indemnización de daños y perjuicios que se genere. En este caso, el hecho que el lucro cesante comprenda (equivocadamente) las remuneraciones dejadas de percibir y que en el daño moral no cuente con criterios estables para su determinación, más allá de lo que se ha indicado líneas arriba, hace que el impacto de los *punitive damages* sí pueda cumplir un rol disuasorio.

Sin embargo, para este último escenario el problema se presenta por un frente diferente, ya que el hecho de que existan (erradas) posiciones jurisprudenciales[97] que admitan una responsabilidad objetiva absoluta (sin que por ejemplo se pueda aplicar el hecho de la propia víctima como un supuesto de liberación de responsabilidad) para los daños derivados de accidentes laborales, hace que se relajen los estándares de previsión para la víctima (en este caso el trabajador), al saber que siempre será reparado por los daños sufridos; lo que se empeora, si el trabajador internaliza que adicionalmente a la indemnización compensatoria podrá recibir una *indemnización punitiva*.

---

97 Una muestra se tiene en la Casación N° 4258-2016 LIMA, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la cual se indica lo siguiente: "Probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención, hecho que genera la obligación patronal de pagar a la víctima o sus derechohabientes una indemnización que será fijada por el juez conforme al artículo 1332° del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas documentales o periciales sobre el valor del mismo". Claramente se está realizando una interpretación incorrecta del artículo 53 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo el cual señala lo siguiente: "El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En el caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva". Felizmente, siempre a nivel de pronunciamiento en casos concretos, nos encontramos con pronunciamiento tal como el que consta en la Casación N° 18190-2016-LIMA, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de mayo de 2017, en donde se indicó expresamente la necesidad de que el demandante no solo acredite el daño, sino también el criterio de imputación (lamentablemente, no realizando el mismo énfasis con la prueba de la relación de causalidad). Así la citada Casación dispuso lo siguiente: "Al respecto debemos señalar que la determinación de la responsabilidad contractual exige la concurrencia de cuatro presupuestos: a) conducta antijurídica, b) el daño, c) la relación de causalidad, y d) el factor de atribución. Previamente, debemos decir que si bien se trata de un proceso laboral, también lo es que al tratarse de un accidente de trabajo por responsabilidad contractual se está aplicando supletoriamente las normas del Código Civil, por lo que corresponde que el actor demuestre el daño sufrido y la negligencia de la demandada por el incumplimiento de sus obligaciones, conforme lo establece el artículo 1330° del Código Civil, probado estos hechos se podrá determinar el quantum indemnizatorio" (Considerando Décimo).

Tal como se ha podido apreciar, un inadecuado diseño de límites a la *indemnización punitiva* en el V Pleno; por un lado, y una asistemática relación entre el límite de la *indemnización punitiva* y la imputación de responsabilidad en el VI Pleno; por otro lado, hace que sea prescindible esta directriz de cara a una adecuada configuración de los *punitive damages* que pueda ser de utilidad en el ordenamiento peruano.

V.2. La conveniencia de establecer que el destinatario de los *punitive damages* no sea siempre la víctima del daño

En el ordenamiento peruano, desde una perspectiva consecuencialista, se ha negado que la responsabilidad civil tenga una función punitiva[98], en atención a que el hecho de que la víctima reciba un monto adicional al que le corresponde como indemnización de los daños y perjuicios, determinaría un incentivo perverso del lucro por el daño, lo cual conlleva la negativa de admitir la imposición de *punitive damages* en nuestro ordenamiento.

No obstante la advertencia, clara y documentada, que ha realizado nuestra doctrina respecto de los efectos nocivos de implementar un diseño en particular de los *punitive damages*, en los que se destinan a la víctima del daño, tanto el V como el VI Pleno hicieron caso omiso a la misma y establecieron lo siguiente:

> "En otras palabras, los daños punitivos son una forma de pena privada, donde el beneficiario de esas sumas de dinero es la víctima del daño causado. Así, dicha suma de dinero reconocida por el juez, por encima de aquella que corresponde a la reparación del perjuicio, se otorga en los casos en que el acto causante del perjuicio ha estado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima".

Tal como se puede apreciar, los Plenos no solo yerran al momento de no evitar los incentivos perversos que genera el hecho que los *punitive damages* vayan a la víctima, sino que comete una injustificable imprecisión al momento de considerar a dicha situación como una característica intrínseca de los *punitive damages.*

La imprecisión es patente, desde el momento en que Pleno establece que el íntegro del monto de la *indemnización punitiva* debe dirigirse a favor de la víctima, ya que ello pasa por alto que, conceptualmente, los *punitive damages* cumplen un complejo de propósitos[99].

---

98 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*)", Ob. cit., pp. 262-268.

99 Así por ejemplo POLINSKY, Mitchell y Steven, SHAVELL, "*Punitive damages:* an economic analysis", *Harvard Law Review,* vol. 111, n. 4, 1998, pp. 869-962, quienes se centran en la sanción y en la prevención; desde otra óptica, OWEN, David G. "A *punitive damages* overview: functions, problems and reform", *Villanova Law Review,* vol. 36, n. 2, 1994, pp.

Así, se debe recordar que, conforme se ha indicado[100], la finalidad de los *punitive damages* se disgrega a lo largo de dos criterios binarios concurrentes: por un lado, el criterio individualista-social; y, por otro lado, el criterio retributivo-preventivo.

Dicha doble perspectiva se justifica en la tensión que respecto de los *punitive damages* se da entre el Derecho Público y el Derecho Privado, ante la cual comparto la posición de quien[101], luego de haber analizado las distintas aproximaciones desde estos enfoques a los *punitive damages*, afirma que detrás de esta institución, antes que reconocer un único polo de esta dicotomía, es dable reconocer la coexistencia de elementos tanto de lo Público (referido a fines preventivos de carácter general) como de lo Privado (con relación a la sanción del interés privado del agente por sus actividades).

De este modo, la categoría de *punitive damages*, bajo una perspectiva individualista se centra sobre el particular nexo bipolar entre la víctima y el agresor vinculados por una demanda judicial; lo que determina que, con relación al propósito, ya sea situaciones de punición retributiva individual (Cuadrante I) o de punición preventiva individual (Cuadrante II), en las que se tomará en cuenta la posición del demandado, solamente, con relación a los daños sufridos respecto del particular demandante (costo privado).

Por otro lado, la categoría de *punitive damages* también se pueden establecer bajo una perspectiva social[102], la cual comprende la punición retributiva social (Cuadrante III), por ejemplo para conductas particularmente relevantes que generan un amplio rango de efectos; o la punición preventiva social (Cuadrante IV), sobre todo para forzar al actor a internalizar el íntegro de los costos de los daños que han sido generados sobre grupos - o clases - o individuos (costo social).

	Retributiva	Preventiva
Individualista	I	II
Social	III	IV

373-381 reseña como funciones de los *punitive damages* las siguientes: (i) educación, (ii) retribución, (iii) disuasión, (iv) compensación, y, (v) *law enforcement.*

100 SHARKEY, Catherine M., "The future of classwide punitive damages", *University of Michigan Journal of Law Reform,* vol. 46:4, 2013, pp. 1131-1132.

101 CAPPELLETTI, Marco, "*Punitive damages* and the public/private distinction: a comparison between the United States and Italy", *Arizona Journal of International & Comparative Law,* vol. 32, n. 3, 2015, pp. 799- 848

102 SHARKEY, Catherine, "*Punitive damages* as societal damages", *The Yale Law Journal,* vol. 113, 2003, pp. 347-453.

Tal como se acaba de apreciar, los *punitive damages* pueden desplegar una función retributiva-preventiva a nivel social, lo cual determina que, en dichos casos, si el íntegro del *punitive damages* se dirige a la víctima, efectivamente, se producirá un enriquecimiento que genere, potencialmente, el incentivo perverso para que la víctima lucre con su propio daño. Para evitar dicho incentivo perverso se plantea que el monto de los *punitive damages* no se dirija a la víctima, sino que, por ejemplo, se destine a fondos de compensación, con lo cual se reconoce, plenamente, su función preventiva-retributiva.

Esto último, desde otra perspectiva, había sido ya identificado por la doctrina peruana; la cual formulaba como mecanismo alternativo a la implementación de un régimen de *punitive damages*, la necesidad de que, con la realización de un hecho dañoso, se reconozca dos tipos de víctima; a saber: una víctima diádica (que sufre el costo privado) y una víctima sistémica (que sufre el costo social), siendo que la indemnización compensatoria se otorgue únicamente a la víctima diádica; y cualquier indemnización adicional, como podría ser la punitiva, sea destinado a la víctima sistémica, con lo cual se evita el incentivo perverso del lucro por el daño. Así se ha indicado[103] lo siguiente:

> "(...) si el productor que ha introducido un producto defectuoso en el mercado, es obligado a responder por el mecanismo de la tutela resarcitoria a través del pago de una indemnización que no sólo -a nivel diádico- persiga indemnizar a la víctima, sino también -a nivel sistémico- a la sociedad toda; **en dicha indemnización estará incluida no sólo la reparación del daño de la víctima individual, sino también la reparación del daño a la colectividad**, cuyo monto -para el caso de daños ocasionados por la circulación de vehículos automotores- podrá ser destinado a efectuar mejoras en la red vial; siendo este razonamiento aplicable al desarrollo de cualquier actividad humana" (el énfasis es añadido).

Ahora bien, ponderando la crítica consecuencialista consistente en que otorgar el *punitive damage* y el *compensatory damage* a la víctima genera un incentivo perverso para que aquella lucre con su propio daño hay que diferenciar los supuestos previstos en el V y VI Pleno.

En el V Pleno, que se refiere al despido incausado o fraudulento, vemos que el acto generador del daño depende exclusivamente del empleador para su realización, ya que la ausencia de causa del despido o el propósito fraudulento para despedir no pueden

---

103 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*)", Ob. cit., p. 268.

ser controladas por el trabajador, por lo que establecer en este caso el establecimiento de un "incentivo perverso" es bastante difícil.

Situación completamente diferente es la que se presenta en el VI Pleno, ya que en esta hipótesis, si bien los supuestos en particular que habilitan las *indemnizaciones punitivas* están vinculados al empleador, todas ellas se encuadran dentro del marco de accidentes derivados de relaciones laborales, lo cual implica el reconocimiento de un cierto grado de participación del trabajador en los mismos, lo que determina la posibilidad de que en este ámbito sí se genere el incentivo perverso del lucro por el daño.

En función de lo expuesto, vemos cómo es que el V y el VI Pleno dieron por sentada una característica de los *punitive damages* (que su monto vaya a la víctima) que es meramente eventual, ya que depende de las funciones específicas que desarrolla este tipo especial de *damages*. Este es un error de diseño que no debe ser seguido en los posibles debates sobre la incorporación de los *punitive damages* en el ordenamiento peruano.

V.3. La necesidad de reconocer que los *punitive damages* son condicionales a la indemnización compensatoria

Finalmente, abordaré la última de las directrices que asumen los Plenos para el diseño de los *punitive damages*, el cual, lamentablemente, demuestra un profundo desconocimiento del funcionamiento de dicha categoría en el sistema del *common law.*

La directriz en cuestión se refiere al reconocimiento que han realizado los Plenos respecto a que la *indemnización punitiva* sería accesoria con relación a la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios; es decir, que cada vez que se reconozca el pago de este último de indemnización conlleva la imposición de una *punitive damage.*

En específico, el V y VI Pleno se indicaron lo siguiente:

> "Dado su carácter sancionador y monto predeterminado, los daños punitivos no necesitan ser demandados, pero al tener un carácter accesorio y no principal, si es necesario que se le reconozca al demandante en forma previa un monto indemnizatorio por daño emergente, lucro cesante o daño moral".

El problema de esta directriz es patente, ya que en el sistema del *common law*, la concesión de la *punitive damage*, no solo es excepcional[104], sino que no se aplican en

[104] Como lo muestran estudios empíricos, EISENBERG, Theodore, et.al, "The decision to award *punitive damages:* an empirical study", *Journal of Legal Analysis,* vol. 2, n. 2, 2010, pp. 577-620; GOUDKAMP, James y Eleni, KATSAMPOUKA, "An empirical study of *punitive damages*", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 38, n. 1, 2018, pp. 90-122.

todos los casos en los que se imponga una indemnización de daños y perjuicios. ya que su procedencia depende de la discrecionalidad del jurado o del juez.

En buena cuenta, y esto es fundamental, los *punitive damages* no son un derecho de las víctimas en el *common law*, ya que su procedencia depende de la realización de ciertas características en el acto generador del daño, las cuales deben estar sujetas a prueba.

De lo anterior, se desprende que los *punitive damages,* si bien pueden ser consideradas condicionales respecto de la indemnización compensatoria, ya que ambas dependen de la comisión del daño, no pueden ser accesorias, ya que la realización del daño es necesaria, pero no suficiente para el reconocimiento de los *punitive damages.*

Esta diferenciación, entre el carácter condicional y el accesorio de una indemnización respecto de la otra, no es meramente dogmática, ya que su erróneo entendimiento ha llevado a los Plenos a determinar una consecuencia procesal del todo nociva: se pueden otorgar *indemnizaciones punitivas* sin que el trabajador las solicite expresamente.

El impacto procesal de una indebida asimilación de los *punitive damages* genera, como resulta manifiesto, una lesión al derecho de defensa por parte del empleador.

Si bien los Plenos advierten que al haberse identificado (de forma ilegítima, como hemos indicado) los supuestos que habilitan la concesión de la *indemnización punitiva,* entonces se justifica su pago apenas se haya realizado la determinación del responsable para el pago de la indemnización de daños y perjuicios; ello prescinde completamente del análisis de un aspecto que es igual de importante a la determinación de la responsabilidad: la cuantificación del monto de la *indemnización punitiva.*

En efecto, si tanto en el V como en el VI Pleno se han establecido topes máximos para la *indemnización punitiva,* entonces ello quiere decir que su determinación depende, para ser consecuentes con la finalidad disuasiva de este tipo de indemnizaciones, del nivel de culpa con el que se comporta el empleador; es decir, de la gravedad de su conducta.

Bajo este punto de vista, constituye una patente lesión al derecho de defensa del empleador el hecho de que no participe en el debate, por lo menos, para la determinación del monto de la *indemnización punitiva,* lo cual sería, precisamente, la situación que se genera con la decisión tomada en los Plenos.

Adicionalmente, no deja de sorprender[105] que una decisión como la que ahora es materia de análisis (*indemnización punitiva* de oficio) se haya emitido en fecha posterior (el V Pleno data el 19.10.2016 y el VI Pleno del 18.09.2017 y 02.10.2017) al IX Pleno Casatorio Civil (cuya fecha de Sentencia es el 09.08.2016, aunque se publicó en el Diario Oficial El Peruano el 18.01.2017), en cual se reconoce que las potestades de oficio del magistrado se pueden efectuar, siempre y cuando se haya promovido el contradictorio entre las partes en el proceso.

En conclusión, no veo que exista justificativo alguno que permita considerar como plausible el reconocer como una característica de los *punitive damages* el hecho de que se puedan conceder de oficio, tanto por contravenir las características propias de este tipo de indemnizaciones en los países del *common law,* como por las características propias de nuestro ordenamiento.

VI A MODO DE CONCLUSIÓN

Sobre la base de lo indicado podemos concluir formulando las siguientes conclusiones finales. En primer lugar, el origen de la recepción de los “daños punitivos” se ha debido, en el ordenamiento peruano, a la inadecuada interpretación jurisprudencial que, en materia de despido incausado y fraudulento, se le ha dado al lucro cesante al equipararlo con las remuneraciones devengadas. Si la Corte Suprema hubiese querido justificar, de otra forma, la procedencia del íntegro de las remuneraciones devengadas, podría haberse recurrido a la mora del acreedor, pero en vez de ello prefirió trastocar el alcance del lucro cesante generando un impacto directo, no solo en el tratamiento de los diferentes despidos, sino en el sistema previsional de pensiones.

En segundo lugar, la Corte Suprema no ha reconocido a la categoría, de fuente anglosajona, conocida como *punitive damages.* En realidad, lo que ha realizado la Corte Suprema es regular una suerte de *indemnizaciones punitivas* (multas civiles por actos desaprensivos) que invade las potestades legislativas del Poder Legislativo, al haber fijado disposiciones normativas con carácter general y abstracto, y por ende son ilegítimas al haber quebrantado el principio de separación de poderes y el de legalidad, lo que determina la obligación de los magistrados de no aplicar, en casos concretos, lo establecido en los Plenos. En líneas generales, esta no es una crítica dirigida contra los Plenos, sino ante la forma de proceder de la Corte Suprema ante los Plenos Jurisdiccionales en general.

En tercer lugar, el hecho de que los Magistrados Supremos hayan recurrido a la función punitiva de la indemnización del daño moral para justificar la incorporación de los “daños punitivos” en la responsabilidad civil derivada de despido y de accidentes de tránsito, contraviene el carácter mitigador de la indemnización por daño moral prevista

---

105 Esto ya ha sido cabalmente advertido por OLAVARRÍA PARRA, María José y Micaela, BRAUL ANAYA, “Los daños punitivos a propósito del V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral”, *Gaceta civil & procesal civil,* n. 54, diciembre, 2017, p. 219.

legislativamente, aunque es acorde con la jurisprudencia que le reconoce una función punitiva a este tipo de indemnizaciones. Si bien considero que la indemnización por daño moral puede tener una función punitiva esta debe ser eminentemente excepcional, más aún cuando existen otras instituciones, dentro de la responsabilidad civil, en la que se reconoce esta función, como sucede en la responsabilidad derivada del incumplimiento doloso o negligente de una obligación.

Finalmente, demuestra que no se ha reconocido la categoría de los *punitive damages* en el ordenamiento peruano, a través de lo dispuesto en los Plenos, el constatar que el diseño jurisprudencial que se ha seguido no guarda relación con los elementos estructurales de los *punitive damages* en el sistema del *common law,* razón por la cual lo contenido en los Plenos no constituyen herramientas útiles que contribuyan a un eventual diseño legislativo de esta figura, o a su discusión, en el ordenamiento jurídico peruano.

PONENCIAS LIBRES

LÍMITES RAZONABLES AL USO DESMEDIDO DEL LUCRO CESANTE EN MATERIA LABORAL PARA LOS CASOS DE DESPIDOS INJUSTIFICADOS

OXAL VÍCTOR ÁVALOS JARA

I. PRESENTACIÓN

El abordaje académico de la responsabilidad del empleador por los daños y perjuicios que el trabajador puede padecer, al día de hoy ha tenido un cambio sustancial con lo que ocurría hace una década.

Recordemos que con la vigencia de la Ley 26636, al no prever expresamente esta normativa adjetiva una regulación que establezca la competencia de los jueces laborales para conocer de estos hechos, las demandas sobre daños y perjuicios eran tramitadas tanto ante los juzgados laborales como ante los civiles, generándose una duplicidad de competencia[1], superándose este defecto recién con la publicación del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2008, que estableció que el Juez Especializado en lo laboral sí es competente para el conocimiento de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo.

[1] Por ejemplo, en la Casación N° 1554-2006-Lima, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, tratándose de una demanda sobre indemnización por daño moral, lucro y daño emergente derivada de una relación laboral, se señaló que: “su conocimiento escaparía del ámbito laboral cuyos principios y normas jurídicas tienen como finalidad la tutela de los derechos de los trabajadores ya que regula las relaciones entre estos y los empleadores; motivo por el cual la vía pertinente para resolver la controversia sobre este extremo de la demanda sería el fuero civil”.

En este escenario se zanjó también la discrepancia referida a cuál era el plazo para accionar, determinándose jurisprudencialmente que correspondía el de 10 años a que se refiere el artículo 2001 del Código Civil.

Con la entrada en vigencia de la Ley 29497 se consolidó esta claridad; sin embargo, a pesar de que se han emitido pronunciamientos importantes en estos últimos años, todavía existe mucha oscuridad o confusión de los administradores de justicia.

Entre los pronunciamientos más relevantes podemos citar los siguientes:

a) El Juez laboral es competente únicamente para conocer de la responsabilidad contractual[2].
b) La necesidad de que los demandantes no solo invoquen sino también desarrollen y acrediten la existencia de los elementos de la responsabilidad[3].
c) La imperativa necesidad de los demandantes de acreditar los daños invocados[4].
d) Solo es posible peticionar las remuneraciones devengadas tratándose de procesos cuya pretensión es la de nulidad de despido, y no tratándose de despidos incausados o fraudulentos[5].
e) La existencia de responsabilidad solidaria de la empresa usuaria tratándose de la petición de una indemnización por accidente laboral[6].
f) La imposibilidad de que haya un pronunciamiento respecto a la indemnización por daños y perjuicios peticionada por la producción de un despido ilegal o inconstitucional, si previamente se ha omitido presentar, dentro del plazo de Ley, la demanda que cuestiona el despido[7].
g) La posibilidad de que los demandantes puedan peticionar, en el marco de una acción sobre daños y perjuicios, los daños punitivos[8].
h) Los alcances de la responsabilidad civil del empleador por accidente de trabajo, en aplicación de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo[9].
i) La diferencia existente entre el lucro cesante y las remuneraciones devengadas[10].

---

[2] En la Casación Laboral N° 9133-2015-Arequipa.
[3] En la Casación N° 18190-2016-Lima.
[4] En la Casación Nº 1936-2015-Lima.
[5] En diversas casaciones, entre ellas la Casación N° 3776-2015-La Libertad y el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional.
[6] En la Casación N° 2743-2010-La Libertad.
[7] En la Casación N° 4733-2009-Lima.
[8] el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional.
[9] En el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional. Este caso, erradamente algunos jueces han considerado que cualquier accidente de trabajo ocurrido en el centro de labores debe ser indemnizado por el empleador; sin embargo, ello es manifiestamente errado, pues dicho Pleno, al fundarse en la aplicación de los artículos 53 de la Ley N° 29783 y 94 del Reglamento de esta ley, requiere indispensablemente la acreditación de los elementos de la responsabilidad, esencialmente de la antijuridicidad y del nexo causal. Un ejemplo es el pronunciamiento recaído en la Casación N° 12060-2015-La Libertad.

j) El pago del lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas, pues ello constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada[11].

k) Todo accidente laboral debe ser indemnizado por el empleador, incluso cuando no concurran los elementos de la responsabilidad[12].

l) La lesión sufrida por el trabajador durante su jornada, producto del acto delincuencial de un tercero, se considera como accidente de trabajo, y debe ser indemnizado por el empleador; dándose a entender que aun cuando no se presenten los elementos de la responsabilidad, igual el empleador debe indemnizar el trabajador[13].

m) El cambio de criterio, estableciéndose que no todo accidente laboral debe ser indemnizado por el empleador, sino solo aquellos en los que se verifique la presencia de los elementos de la responsabilidad[14].

De la revisión de cada uno de los pronunciamientos citados es posible advertir que el tratamiento de la responsabilidad en materia laboral es aún impreciso en algunos casos, generándose con ello una inestabilidad en el entendimiento de estas de instituciones que emanaron del Derecho civil, y que repercute directamente en los administradores de justicia, los que en algunos casos toman posición por uno u otro criterio, justificando su decisión, justamente, en los distintos pronunciamientos que emite la Corte Suprema de Justicia de la República.

Precisamente en el presente trabajo nos avocaremos a uno de estos temas controversiales y contradictorios: al criterio utilizado para el otorgamiento del lucro cesante con ocasión de un despido injustificado.

Es común conocer demandas en las que, además de cuestionarse el despido, se peticiona una indemnización por daños y perjuicios, y entre los daños invocados se encuentra el lucro cesante, encontrando que el sustento de aquel son esencialmente las remuneraciones y beneficios sociales dejados de percibir, sin mayor limitación que el tiempo devengado hasta la culminación del proceso. Al emitir sentencia, los jueces básicamente entienden que ello es correcto y, en algunos otorgan lo peticionado y acogen lo fundamentado, y, en otros, efectúan una atenuación, pero mantienen la misma forma de determinación, sin considerar otros elementos.

Consideramos pertinente que, más allá de su sana crítica, el Juez se debe basar en algunos criterios objetivos y razonables, resolviendo la controversia de manera justa e imparcial, y manteniéndose alejado de alguna ideología que pueda distorsionar al máximo

[10] En la Casación N° 7625-2016-Callao.
[11] En la Casación N° 2677-2012-Lima.
[12] En la Casación N° 4258-2016-Lima.
[13] En la Casación N° 12060-2015-La Libertad.
[14] En la Casación N° 18190-2016-Lima.

acercamiento a la justicia, lo que, a su vez, genera que no se valide el ejercicio abusivo de derechos.

II. LA CONCEPCIÓN DEL LUCRO CESANTE Y LOS CRITERIOS QUE DEBIERAN TOMARSE EN CUENTA

II.1. La responsabilidad civil contractual

La responsabilidad civil significa la sujeción de quien vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto, y por esa razón emana la obligación de reparar el daño producido. En esa misma línea, la responsabilidad contractual proviene y encuentra su origen en una obligación preestablecida entre los agentes contratantes, y se manifiesta jurídicamente a partir del incumplimiento (dar, hacer o no hacer), de esta obligación preexistente.

La relación jurídica que vincula a las partes contratantes fue determinada por el acuerdo de voluntades de aquellas, y desde ese momento se han generado una serie de obligaciones, por lo que, en consecuencia, el carácter volitivo de dicha relación establece la obligación de reparar el daño causado por la inejecución de las prestaciones a cargo de los contratantes. Entonces, "la culpa contractual supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas"[15].

La doctrina señala que: "partir de la idea de que el quebrantamiento de la preexistente relación obligatoria imputable al deudor es la fuente o ratio de la responsabilidad contractual. En ese sentido, […], como la obligación lleva consigo la ineludible necesidad de su cumplimiento, si el deudor no la cumple por causas que le sean imputables, el Derecho ha de procurar de un modo u otro su efectividad, su cumplimiento forzoso o anormal' que, de no poderse alcanzar de otra manera, tiene lugar mediante la indemnización de daños y perjuicios"[16]. Por ello, el criterio de equivalencia por el incumplimiento de la prestación original, es el sustento de la responsabilidad contractual. La expectativa trunca del acreedor debe ser resarcida, compensada, indemnizada.

La responsabilidad contractual "cubre fundamentalmente dos supuestos de daño: el incumplimiento de la prestación contratada –o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (que es una forma de incumplimiento de la prestación)– y la mora (que es el incumplimiento de una obligación radicalmente vinculada a la prestación principal, constituida por el compromiso de ejecutar tal prestación principal en un plazo igualmente

---

[15] BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 5ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 71.

[16] DE LOS MOZOS, José Luis, "Responsabilidad contractual", en José Luis de los Mozos y Carlos A. Soto (dirs.), *Responsabilidad civil Derecho de daños. Teoría general de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima, 2006, p. 52.

contratado)"[17]. Como se ve, lo que se busca fundamentalmente al determinar la responsabilidad contractual es tutelar el legítimo interés del acreedor de las obligaciones pendientes de ver satisfecha su expectativa.

En la misma línea, se puede decir que la responsabilidad civil contractual "es aquélla que se produce cuando, existiendo una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas incumple su prestación contractual y ello provoca daños a la/s otra/s. Es importante hacer notar que el daño debe producirse precisamente por el incumplimiento contractual del deudor y que el acreedor y la prestación ya estaban determinados de antemano"[18].

El sustento de la responsabilidad contractual es establecer una nueva y legítima obligación que busca compensar o reparar por el daño al acreedor de las obligaciones incumplidas, de manera que la pérdida sufrida o a la ganancia dejada de obtener debido al incumplimiento de la prestación derivada de una relación obligatoria preconstituida, no quede en ese estado, sino que puede ser reestablecida o remediada.

En una relación obligacional originada contractualmente, el presunto deudor de la obligación solo será exonerado de responder si es que acredita que, a pesar de haber efectuado todo lo posible para cumplir y demostrar diligencia en su accionar, la que involucra el deber de protección hacia la prestación, ha sobrevenido la imposibilidad objetiva de ejecución, por causa no imputable a su conducta.

Entonces, el fundamento de la responsabilidad contractual lo ubicamos en el quebrantamiento del escenario obligacional, concretamente en el incumplimiento de reglas, acuerdos o condiciones establecidas, en un primer nivel, por las propias partes y, en un segundo nivel, por las fuentes de Derecho que resulten aplicables. Para exoneración de responsabilidad el acreedor obligacional deberá demostrar razonablemente la adopción de todas las medidas posibles para garantizar y llevar a cabo la ejecución de la prestación en los términos preexistentes, bastando la simple diligencia, pues en este contexto jurídico claro está que hay inherentes deberes de protección y previsión en el accionar del deudor.

La transgresión de estos deberes, el incumplimiento de la prestación y, asimismo, la inconformidad del interés del acreedor, se convierte en el argumento neurálgico para la búsqueda de un resarcimiento. En suma, "el deber de indemnizar deriva de otro deber, el deber de cumplir, que ha sido infringido"[19].

II.2. Los elementos de la responsabilidad

[17] DE TRAZEGNIES, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, PUCP, Lima, 1988, p. 420.
[18] YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 79 y 80
[19] DE ÁNGEL YAGÜES, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, Civitas, Madrid, 1993, p. 13.

Al referirnos a los elementos de la responsabilidad, los debemos entender como "aquellas circunstancias o condiciones de existencia normalmente necesaria y suficiente para configurar el nacimiento, en un caso dado, de la obligación de reparar que está en la base de la responsabilidad civil"[20].

Las distintas fuentes del Derecho han coincido en cuáles son y su conceptualización. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la República[21] ha señalado que: "Como se sabe los elementos comunes a ambos tipos de responsabilidad civil (contractual y extracontractual) son los siguientes: a) antijuridicidad, b) daño, c) relación de causalidad y d) factor de atribución. En tal sentido, para saber si en un caso concreto el agente causante del daño debe indemnizar o no a la víctima, es necesario comprobar si se han verificado tales elementos".

Sobre el primero de ellos se ha señalado que: "consiste en determinar que aquel comportamiento ha contravenido una norma prohibitiva, y/o violado el sistema jurídico en su totalidad; es decir, solo nacerá la obligación de indemnizar, cuando se haya causado daño a otro u otros, mediante un proceder que no es amparado por el derecho, porque se incumple una norma imperativa, los principios del orden público, o las reglas de convivencia social, como las buenas costumbres; y en el caso de los asuntos contractuales, ésta surgirá del incumplimiento de una conducta pactada de forma previa, lo cual, es considerado como una conducta típica; supuesto que está regulado en el artículo 1321 del Código Civil; lo que dará lugar a la obligación legal del resarcimiento. Entonces, cuando se cause daño en el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, no existirá responsabilidad civil, porque estos habrían ocurrido en el ámbito permitido por el ordenamiento jurídico"[22].

Respecto al daño se ha indicado que: "dentro del sistema de responsabilidad civil el daño está definido como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extramatrimonial el cual debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales al lucro cesante y daño emergente; y como daño extrapatrimonial al daño moral"[23]. Por su parte, "el daño indemnizable es toda lesión a un interés jurídicamente protegido, se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. El daño patrimonial, es todo menoscabo en los derechos patrimoniales de la persona; mientras que el daño extrapatrimonial, se encuentra referido a las lesiones a los derechos no patrimoniales, dentro de los cuales se encuentran los sentimientos, considerados socialmente dignos o legítimos, y por ende, merecedores de tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral"[24].

---

[20] PEIRANO FACIO, Jorge, *Responsabilidad extracontractual*, Temis, Bogotá, 1981, p. 222.
[21] En la Casación N° 3141-2016-Piura.
[22] En la Casación 3168-2015-Lima.
[23] En la Casación N° 1554-2006-Lima.
[24] En la Casación N° 13319-2015-Callao.

Complementariamente, es importante tener presente que: "La noción jurídica del 'daño' se determina en estricta conexión con la del 'resarcimiento'. El daño, en efecto, es el fenómeno frente al cual el ordenamiento dispone de ese peculiar remedio que está representado por el derecho del damnificado al resarcimiento"[25]. Asimismo, "el daño constituye aquel menoscabo, detrimento, afectación que un sujeto sufre en su interés jurídico tutelado"[26].

En cuanto a la relación de causalidad, se ha indicado que: "en la responsabilidad objetiva no se requiere que medie una conducta dolosa o culposa por parte del demandado. Basta que exista el nexo causal entre el desarrollo de la actividad peligrosa con el daño causado al agraviado a consecuencia de dicha actividad"[27]. Asimismo, que: "El nexo causal viene a ser la relación de causa – efecto existente entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues, de no existir tal vinculación, dicho comportamiento no generaría una obligación legal de indemnizar"[28].

Asimismo, se ha indicado que: "para que surja el deber de indemnizar […] ha de concurrir la llamada relación causal o nexo de causalidad. Aquello en que se apoye la pretensión ha de haber sido la causa decisiva para la concurrencia del daño. ¿Mas, en qué consiste esta causa decisiva? La contestación es evidente en el derecho de los actos ilícitos. El punto de partida sin las sencillas palabras 'por' 'a través de', es decir, que la acción ha de ser cometida por aquel a quien se reclama la indemnización"[29]. En el mismo sentido, se ha indicado que: "la relación causal es el nexo que existe entre el hecho que genera un daño y el perjuicio producido"[30].

Finalmente, sobre el factor de atribución se ha manifestado que: "hay dos sistemas de responsabilidad civil extra contractual en la legislación comparada y en la doctrina universal y también en el Código Civil peruano: el sistema subjetivo y el sistema objetivo […]. Como se podrá apreciar fácilmente el sistema subjetivo de responsabilidad civil se construye sobre la culpa del autor, constituyendo ella el factor de atribución subjetivo. Obviamente culpa en sentido amplio, que comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo, es decir, el ánimo deliberado de causar daño a la víctima. Por otro lado, el sistema objetivo se construye sobre la noción de riesgo creado, constituyendo esta noción de riesgo el factor de atribución objetivo"[31].

---

[25] SALVI, Cesare, "El daño", en VV. AA., *Estudios sobre la responsabilidad civil*, trad. Leysser León Hilario, ARA, Lima, 2001, p. 285.
[26] En la Casación N° 3289-2015-Callao.
[27] Expediente N° 3300-97, en Torres Vásquez, Aníbal, *Diccionario de jurisprudencia civil*, Grijley, Lima, 2009, p. 688.
[28] En la Casación N° 13319-2015-Callao.
[29] HEDEMANN, J. W., *Derecho de las obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, Vol. III, p. 47.

[30] En la Casación N° 3289-2015-Callao.
[31] TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Factores de atribución en la responsabilidad civil extracontractual*, en http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2012/10/17/factores-de-atribucion-en-la-responsabilidad-civil-extracontractual/

En suma, se puede colegir que: "el factor atributivo de responsabilidad que viene a constituirse en aquel que va a responder por los daños ocasionados, así como, por la inejecución de las obligaciones"[32], y "se encuentran constituidos por el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve"[33].

La concurrencia de estos elementos es la que genera la responsabilidad; dicho de otro modo, cuando no concurre cuando menos uno de estos elementos no habrá responsabilidad del presunto acreedor obligacional. Como se ha señalado, "se debe partir que la disciplina de la responsabilidad civil, sea que provenga de fuente extracontractual – producto del incumplimiento de un deber jurídico genérico– obligacional o contractual – producto del incumplimiento de un deber jurídico especifico denominado 'relación jurídica obligatoria'–, tiene por finalidad resolver los conflictos entre particulares como consecuencia de la producción del daño, y en ese sentido, en ambos casos, para su configuración se requiere necesariamente de la concurrencia de sus elementos"[34].

II.3. El lucro cesante

El lucro cesante "importa la pérdida de una utilidad previamente inexistente que el sujeto presumiblemente conseguiría de no haberse verificado el daño; es decir, la presumible ganancia o incremento en el patrimonio cuyo ingreso a la esfera patrimonial se impide"[35]. En esa línea se ha indicado que el lucro cesante: "comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino, por ello puede concluirse que el lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño, el mismo que debe ser cierto puesto que lo que busca resarcirse serán aquellas ganancias dejadas de percibir como consecuencia del acto dañino"[36].

Como mucha certeza se ha afirmado que: "el daño patrimonial (dentro del cual está el lucro cesante) debe ser cierto. Se explica que 'con esta expresión se quiere decir que el daño debe estar en relación de causalidad con su hecho productivo. Por ello, se tiene un daño cierto cuando, sobre la base de la regularidad estadística y de la normalidad con la cual los elementos resultan concatenados entre ellos, se puede afirmar que cierto daño desciende de los hechos productivos que integran la lesión de la víctima"[37].

En esa misma línea se indica que: "el daño por lucro cesante requiere de una certeza razonable, en orden a su producción y, por regla, debe valorizarse de acuerdo a la

[32] En la Casación N° 3289-2015-Callao.
[33] En la Casación N° 13319-2015-Callao.
[34] En la Casación N° 3168-2015-Lima.
[35] CAMPOS GARCÍA, Héctor, "Apuntes sobre la certeza y la prueba del daño", en *Actualidad Jurídica*, Lima, Nº 246, p.102.
[36] Casación N° 3289-2015-Callao.
[37] ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 7ª ed., Rodhas, Lima, 2013, p. 255.

equidad"[38]. Es decir, no requiere una simple alocución, ni un desarrollo teórico o académico en la demanda, sino que necesita de una prueba que acredite la verosimilitud de este tipo de daño.

En efecto, "el lucro cesante presupone, al menos, la prueba, aunque sea indiciaria, de la utilidad patrimonial que, según un juicio riguroso de probabilidad (y no de mera posibilidad), el acreedor habría conseguido si la obligación fuese cumplida, y por ello deben excluirse aquellas pérdidas de ganancia que sean meramente hipotéticas"[39].

En este sentido, "la regla según la cual, si el daño no puede ser probado en su preciso monto es liquidado por el juez con valorización equitativa […] con referencia al daño patrimonial, debe ser entendida en sentido riguroso. […]. En otros términos, la norma sobre la valorización equitativa del daño no atribuye al juez un poder ni una función de suplencia para las hipótesis en las cuales no se ofrece la prueba del monto del daño. La expresión usada por el legislador 'si el daño no puede ser probado' debe ser entendida en su sentido literal, de otro modo, se modifica el presupuesto de aplicación de la norma"[40]. En consecuencia, "acogiendo una solución diversa, se acabaría por atribuir al juez poderes de valorización equitativa en hipótesis no previstas por la ley, con la sucesiva admisión de demandas de resarcimiento del daño, no obstante el incumplimiento de la carga de probatoria por parte del actor"[41].

Por lo citado, se puede concluir entonces el lucro cesante es objeto de resarcimiento cuando, a partir del establecimiento de un escenario jurídico cierto, real, razonable y no especulativo, conlleva a prever que el daño se producirá en un futuro.

Precisamente a una conclusión similar se llega cuando se afirma[42] que: "se pueden extraer las siguientes conclusiones:

i. El daño patrimonial debe ser cierto.

ii. El daño por lucro cesante debe basarse según un juicio riguroso de probabilidad (y no de mera posibilidad) y por ello deben excluirse aquellas pérdidas de ganancia que sean meramente hipotéticas, porque dependen de condiciones inciertas, como aquellas vinculadas a un improbable hecho de un tercero.

iii. El criterio equitativo del juez no debe ser considerado como un eximente de la carga probatoria que corresponde al dañado"[43].

---

[38] Loc. cit.
[39] Loc. cit.
[40] ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de la responsabilidad civil*, cit., pp. 255-256.
[41] Loc. cit.
[42] Loc. cit.
[43] Loc. cit.

II.4. El lucro cesante en el ámbito laboral

II.4.1. Referencias

De una simple revisión de la normativa laboral uno podría afirmar que no existe un antecedente o un referente del lucro cesante; sin embargo, ello es equivocado, pues sí lo hay.

En concreto nos referimos a la indemnización por despido arbitrario a la que se refiere el artículo 38 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Sobre la naturaleza jurídica de la mencionada indemnización se ha dicho que: "la indemnización por despido arbitrario, previsto en el artículo 34 concordante con el artículo 38 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR es concebida como una reparación del daño ocasionado al trabajador por la disolución abusiva e ilegal del contrato por parte de su empleador, la que tiene un tope legal y sujeta a un plazo de caducidad. Esta indemnización tarifada se aplica por mandato de la ley, de modo que no resulta necesario que el trabajador alegue, ni tenga que probar la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por el despido"[44].

Por otro lado, también se ha indicado que: "la indemnización tarifada –equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios– importa la reparación del daño patrimonial inmediato ocasionado a la víctima a consecuencia de la pérdida del empleo y el quebrantamiento de la relación contractual laboral, lo que no impide que en la vía civil pueda intentarse las acciones correspondientes para obtener el resarcimiento de los daños producidos en el ámbito extracontractual"[45].

Si bien es cierto que la indemnización por el despido arbitrario tiene por finalidad cubrir las contingencias originadas por el cese injustificado, no deja de ser verdad que, en realidad, estamos ante un "lucro cesante tarifado", es decir, que la indemnización contemplada en el artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es el resarcimiento por la pérdida patrimonial que ha sufrido el trabajador por el despido, pero, a diferencia, de lo que ocurre en el ámbito civil, en materia laboral ha sido limitada con un tope máximo.

En efecto, esta reparación que la ley prevé frente a un despido arbitrario, compensa la afectación patrimonial que sufre el trabajador como consecuencia del cese ilegal, y tiene como peculiaridad que toma en cuenta el tiempo de servicios, y considera

---

[44] Casación Nº 4291-2009-Huánuco.

[45] Casación N° 5008-2010-Lima.

un límite máximo de 12 de remuneraciones mensuales, lo que no enerva el hecho de que se puedan demandar otros tipos de daños, pero no en sí un lucro cesante.

En suma, la indemnización por despido arbitrario a la que se refiere el artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es el lucro cesante que corresponde frente al despido arbitrario, siendo sus notas características la acreditación únicamente del tiempo de servicios y que esta no puede exceder del margen que la propia ley ha establecido.

II.4.2. Actualidad

En materia laboral, la responsabilidad de los empleadores frente a los daños ocasionados al trabajador no ha tenido un desarrollo profundo, de modo que, más allá de reiterar los conceptos provenientes del Derecho civil –y en muchos casos entenderlos de mala forma– no ha habido un análisis fino, prolijo, virtuoso y, sobretodo, con identidad propia.

Prueba importante de ello es lo acaecido con el "Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral" celebrado en la ciudad de Chiclayo, los días 13 y 14 de septiembre de 2018. En particular, nos referimos al Sub Tema 1: "indemnización por lucro cesante en caso de despido incausado y fraudulento", respecto del que se ha concluido que: "En caso de despido incausado y fraudulento la indemnización por lucro cesante se debe equiparar remuneraciones dejadas de percibir".

Dicho pronunciamiento no solo es sumamente cuestionable por el hecho de que es contradictorio a lo que ya había expresado la Corte Suprema de Justicia de la República en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional y en numerosas sentencias casatorias, sino que precisamente denota la carencia de un sesudo análisis y, más aún, del establecimiento de criterios que deban observar los administradores de justicia para determinar un derecho objetiva y razonablemente más justo, y que no valide el ejercicio abusivo de un derecho.

Hay que tener presente que la propia Corte Suprema de Justicia de la República ya había señalado que: "el pago del lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas, pues ello constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada[46]. En este pronunciamiento supremo, a diferencia de Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral llevado a cabo en la ciudad de Chiclayo por jueces superiores de 34 Cortes Superiores del país, sí presenta un interesante desarrollo que justifica de manera técnica la diferencia entre el lucro cesante y las remuneraciones devengadas.

El expresar una sola regla, tal como se ha hecho en el referido pleno superior, desnaturaliza el lucro cesante, convirtiendo a aquel en una medida retributiva, pues se

[46] En la Casación N° 2677-2012-Lima.

estaría pagando por una prestación de un servicio no efectuado pero que se asume para los fines del proceso como realizado, perdiendo la l naturaleza indemnizatoria.

II.5. Criterios que debieran tomarse en cuenta a fin de determinar el lucro cesante

En definitiva no estamos de acuerdo en que el lucro cesante se deba equiparar a las remuneraciones dejadas de percibir, ya que ello puede tornar en indeterminado el derecho reclamado en razón de un uso desmedido del derecho; por ese motivo creemos que se deben establecer límites razonables al lucro cesante en materia laboral para el caso de los despidos injustificados. A continuación expresamos algunos criterios que debieran ser tomados en cuenta para determinar una indemnización lucro cesante:

II.5.1. Periodos inimputables a las partes y duración razonable del proceso

Los periodos inimputables a las partes son aquellos que no les generan ninguna responsabilidad jurídica a los demandantes o demandados. Es decir, estos lapsos no pueden servir para atribuirle una mayor carga patrimonial al responsable. Un claro ejemplo de ello son las huelgas, que generan la inoperatividad de los servicios judiciales y retraso en el servicio. En concreto, los administradores de justicia deben discernir entre aquellos periodos que le son o no imputables a las partes, y en virtud a ello determinar el lucro cesante.

Por otro lado, pero vinculado a lo anterior, se debe tener en consideración no el tiempo que dura el proceso, sino lo que razonablemente debió durar el proceso. Evidentemente ello no será igual en todos los casos, pero es indispensable realizar esta actividad. Aunque en la Ley N° 29497 no existe un tiempo exacto en el que debiera resolverse el proceso con un pronunciamiento de fondo, creemos que el proceso no debiera extenderse por más de 12 meses hasta que quien actúa como segunda instancia se pronuncia. Todo lo que ocurra más allá no debe cargarse a las partes del proceso, salvo que se demuestre que, producto de sus actos se ha llegado a ese estado.

Por ejemplo, la Ley N° 29497 señala que la citación a las partes a audiencia de conciliación se fija entre los 20 y 30 días hábiles siguientes a la fecha de calificación de la demanda; no obstante, en la práctica ello nunca ocurre así y se programa para mucho tiempo después; en este caso, el tiempo que transcurre después de dicho periodo no debe ser considerado para establecer obligaciones. Lo mismo ocurre tratándose de la programación de la audiencia de juzgamiento, en cuyo caso si aquella no se programa para ser llevada a cabo dentro de los 30 días hábiles siguientes a la audiencia de conciliación, el tiempo en exceso que discurre no puede ser considerado para establecer obligaciones. También pasaría lo mismo cuando no se entrega la sentencia dentro de los 5 días hábiles siguientes a la audiencia de juzgamiento o vista, o cuando hay una demora significativa excediendo lo que señala la ley para admitirse la apelación o elevarse el

expediente a la Sala Laboral, o cuando se programa una audiencia de vista de la causa más allá del plazo legal.

Se entiende la carga procesal, pero ese elemento no debe servir para atribuirle responsabilidad al demandado y, generarle mayores obligaciones que las que razonablemente se le debe imponer.

II.5.2. Utilización de medidas cautelares

La inacción del interesado y el simple decurso del tiempo en el proceso laboral no pueden generar o incrementar el otorgamiento un beneficio como el lucro cesante, de modo que se entienda que mientras más tiempo transcurre se devengan más remuneraciones y demás beneficios sociales como si efectivamente hubiese prestado servicios.

Si la teoría del caso de la parte actora se construye sobre la base de una pérdida patrimonial que requiere de tutela urgente, no resulta lógico que el demandante mediante alguna acción judicial a cautelar no pretenda el otorgamiento de alguna medida precautoria para asegurar sus derechos.

La utilización de las medidas cautelares en el proceso laboral no debiera verse como una medida sumamente excepcional o extraordinaria, sino como lo que son, instrumentos procesales esenciales mediante las que el demandante busque una tutela anticipada de su pretensión. El Juez debe valorar las acciones de las partes en el proceso, y entre otros, considerar que la no utilización de estas denotaría que en realidad la pérdida patrimonial no es urgente, real, permanente y lineal. El acudir a la tutela cautelar es una decisión voluntaria del interesado, por lo que el no hacerlo debiera traer las consecuencias que, en el caso concreto, se puedan advertir.

II.5.3. Particularidades del caso concreto y del afectado

Existen una serie de elementos que deben ser evaluados a fin de determinar el quantum del lucro cesante, entre los que tenemos, la edad, los factores de empleabilidad o condiciones de reinserción al mercado, la profesión y capacidad, la vulnerabilidad laboral (madre trabajadora y persona con discapacidad), entre otros.

Por ejemplo, si en el marco de un proceso laboral el demandante acredita que buscó conseguir un empleo, pero no lo pudo conseguir por causas relacionadas al vínculo laboral del que cuestiona su cese, ello sustentará objetivamente el daño, pues no podría aceptarse como suficiente para el sustento del daño un alegato basado en una especulación.

II.5.4. Ingresos obtenidos

Si tenemos en consideración que el lucro cesante está basado en la pérdida patrimonial que ha sufrido el trabajador producto del cese injustificado, se hace indispensable conocer si dicha pérdida realmente ha ocurrido.

Si se advierte que el demandante ha percibido ingresos que no hubiese podido obtener de no haberse materializado el cese, estos evidentemente desvirtúan el lucro cesante en todo o en parte según sea el caso. Estos ingresos pueden provenir de la realización de una labor dependiente o independiente. Por el contrario, si esos ingresos los venía percibiendo antes del cese y no dependían de la subsistencia del vínculo laboral cuyo despido se cuestiona, estos no incidirían en el quantum del lucro cesante.

III. CONCLUSIONES

El tratamiento que el lucro cesante recibe hasta el día de hoy es insuficiente si se tiene como premisa la emisión de fallos justos despojados de subjetividades que terminen afectando el desarrollo o resultado del proceso.

El lucro cesante no está constituido por las remuneraciones devengadas, pues si fue así no se trataría de una indemnización en estricto, sino del pago de la contraprestación por un servicio no realizado pero asumido como sí efectuado para los fines del proceso. Resultan erradas y, por decir, lo menos, carente de sustento afirmar que la indemnización por lucro cesante se debe equiparar a las remuneraciones dejadas de percibir, pues estamos hablando de dos conceptos diametralmente distintos, cuyo fundamento es diferente en cada caso.

A fin de determinar el contenido del lucro cesante es indispensable que se utilicen una serie de criterios que puedan motivar de manera clara y precisa el quantum indemnizatorio, pues si bien el resarcimiento del daño puede ser fijado por el juez con valoración equitativa en caso no pudiera ser probado en su monto preciso, ello no se sujeta a su discrecionalidad.

Así, se deberán tomar en cuenta criterios tales como los periodos inimputables a las partes y duración razonable del proceso, la utilización de medidas cautelares, las particularidades del caso concreto y del afectado, y, los ingresos obtenidos, entre otros. Todos estos deben ser evaluados razonablemente por el Juez y, deben servir para establecer un monto que no se convierta en un enriquecimiento indebido, y que, al mismo tiempo, suponga una carga desproporcionada para el responsable del daño.

LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA Y DIRECCIÓN Y SU PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO. ALGUNOS APUNTES A PROPÓSITO DEL VII PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

DANTE ABRAHAM BOTTON GIRÓN[1]

I. INTRODUCCIÓN

La unificación de la jurisprudencia ha sido y será siempre un objetivo de todo sistema normativo debido, entre otras razones, a que genera certeza y seguridad jurídica para los particulares y en general para todos los operadores del derecho (jueces, litigantes, abogados, etc).

En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en el conocido caso *Sunday Times* vs *Reunido Unido* (Sentencia de Fondo del 26 de abril de 1979, párrafo 49) declaró que: “una norma no puede ser considerada como una ley a menos que sea formulada con precisión suficiente como para que el ciudadano pueda regular su conducta”.

Consciente de ello, el Poder Judicial viene impulsando hace varios años la emisión de Plenos Jurisdiccionales de diverso alcance (distritales, nacionales y supremos) los cuales además son de heterogéneas especialidades (penal, civil, constitucional, comercial, familia y en los últimos años particularmente laboral).

En materia laboral, obtener seguridad jurídica en cuanto a la forma de resolver los conflictos generados entre los sujetos de la relación de trabajo tiene especial relevancia pues: *(i)* afecta a miles de prestadores de servicios, especialmente a los trabajadores; *(ii)* incumbe a los empresarios pues afecta directamente la toma de decisiones en la gestión y

[1] El suscrito es Abogado y egresado de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad San Martín de Porres. Actualmente es asociado al área laboral del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez.

administración de los recursos humanos; *(iii)* incide en el incremento de las controversias que hoy se encuentran vigentes bajo la Nueva Ley Procesal del Trabajo, las que han generado, en diversos distritos judiciales, que los plazos de fijación de las audiencias de conciliación y juzgamiento, así como la entrega de sentencias se alejen de forma palmaria a los previstos por la Ley N° 29497; afectando directamente los principios de celeridad, economía procesal e inmediación que inspiran dicho modelo procesal.

No obstante, hace apenas algunos días se publicaron en el diario oficial "El Peruano"[2], las conclusiones del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (en adelante "El Pleno"). Dentro de dichas conclusiones ha llamado la atención las generadas a propósito de determinar en que circunstancias corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario a favor de los trabajadores de confianza y de dirección.

Más específicamente y para lo que el presente trabajo interesa[3], el Pleno ha definido que aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso el empleador les retire la confianza. Debido a ello, en lo sucesivo carecerían de protección alguna contra el despido al despojárseles tanto de la tutela restitutoria (reposición en el empleo) como de la resarcitoria (pago de una reparación económica).

La finalidad del presente artículo es analizar la constitucionalidad del precitado Pleno teniendo en cuenta que el prisma desde el cual deben analizarse y estudiarse las instituciones del Derecho del Trabajo hoy en día, ya no puede ser simplemente la del legislador decimonónico en el cual la ley tenía validez dentro del ordenamiento jurídico laboral por sí misma, es decir, por haberse dictado por el órgano y siguiendo el procedimiento correspondiente, sino aquel que determina que las disposiciones normativas (y los sentidos interpretativos realizados por los jueces) serán válidas siempre que se encuentren en clara concordancia y asidero con los derechos, principios y mandatos que la Constitución imparte, entre los que encontramos al Derecho al Trabajo.

Con el propósito de lograr dicho objetivo, también daremos cuenta del tratamiento que ha merecido la protección contra el despido por parte de los trabajadores de confianza y dirección a nivel normativo y por parte de los órganos jurisdiccionales del país, esencialmente la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

II. LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA Y DE DIRECCIÓN

La relación de trabajo está fundada entre otros aspectos, en la buena fe, específicamente la buena fe *confianza*, pues el éxito o fracaso de la actividad empresarial

---

[2] La publicación se efectuó el día 1 de setiembre de 2018.

[3] El presente trabajo sólo analizará la conclusión vinculada a la eliminación de toda forma de protección a aquellos trabajadores de confianza y dirección dentro del régimen de la actividad privada.

está estrechamente vinculado a la correcta y dedicada prestación de servicios por parte de los trabajadores.

Sin embargo, dicha confianza tendrá diferente intensidad en algunos trabajadores que en otros. En efecto, en toda organización existirá un grupo determinado de trabajadores que en atención a la información a la que tiene acceso, a la posibilidad de influenciar directamente en la toma de decisiones, así como al grado de responsabilidad que detentan, la confianza se convierte en el elemento determinante y cercanamente necesario en su contratación, debido a lo cual dejarán de ser trabajadores "ordinarios o comunes" para ser considerados como trabajadores de *confianza o de dirección*.

En línea de lo antes mencionado, la Corte Suprema indicó que: "En sentido coloquial, la confianza consiste en la esperanza firme que se tiene de alguien o algo, y si bien dicho elemento se encuentra ínsito en toda relación interpersonal; sin embargo, en términos jurídicos, encontramos que en el ámbito laboral, el legislador ha impregnado de características adicionales al elemento confianza, contenido en la designación de trabajadores en determinados puestos, que para la empresa o entidad resultan claves, por la naturaleza de funciones desarrolladas (…)"[4]

El ordenamiento jurídico laboral peruano no ha sido ajeno a dicha distinción y ha referenciado a estos dos tipos específicos de trabajadores. Sobre los primeros, Barajas indica que: "Trabajador de confianza es la persona que por razón de jerarquía, vinculación, lealtad y naturaleza de la actividad que desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, las mismas que lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata, en forma tal que sus actos merezcan plena garantía y seguridad, y tenga su comportamiento laboral plena aceptación"[5]

A nivel normativo, el segundo párrafo del artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece lo siguiente: "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 vemos, las características del trabajador de confianza son especialmente que: *i)* tiene contacto directo con el empleador o con el personal de dirección; y *ii)* tiene

---

[4] Casación 5453-2013-La Libertad, considerando jurídico 2.3.

[5] BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. "*Los contratos especiales de trabajo"*. 1era. edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1992. p. 142.

acceso a información de carácter reservado de la empresa o *iii)* sus opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Con el ánimo de "aclarar" dichos criterios que identifican a los trabajadores de confianza, la Corte Suprema en cuanto al *contacto directo* precisa que: "este se refiere a la jerarquía del trabajador de confianza respeto del empleador o su representante, pues la existencia de intermediarios en la cadena de mando, impediría el acceso a información de carácter reservado y/o la posibilidad que las opiniones o informes del trabajador coadyuven a la formación de decisiones empresariales (…)"[6]

Respecto del *acceso a información reservada* de la empresa: "el mismo está referido a asuntos industriales, comerciales, profesionales u otros similares cuyo conocimiento se encuentra restringido, en la medida que forman parte de las estrategias estructurales implementadas por las empresas y/o entidad para su subsistencia en el mercado, la prestación adecuada de los servicios que brinda a usuarios o aquella información relacionada con el ciclo económico de los bienes que comercializa en el mercado (…)"[7]

Finalmente y en lo que se refiere a la *emisión de opiniones o informes* que contribuyan a la formación de las decisiones empresariales: "se deberá tomar en cuenta el tipo de información generada y proporcionada por el trabajador, la cual deberá tener relación directa con el giro del negocio de la empresa, pues en función de dicha información procesada, el empleador se encontrará en posibilidades de adoptar una decisión con aptitud de trascender en el desarrollo del negocio o actividades que desarrolla en el mercado o la comunidad, descartándose de esa manera el procesamiento mecánico de información que carezca de un análisis sustantivo"[8]

Por otro lado, y con relación al trabajador de dirección, el precitado artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-tr nos dice que: "es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquella, funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial".

Al respecto, Carlos Blancas indica que: "Sobre el personal de dirección, se ha indicado que las facultades de la norma hacen referencia a aquel personal que posee poder decisorio y alta responsabilidad, y sin cuya actividad no sería posible que la empresa o entidad lleve a cabo su propia actividad. Implica, por consiguiente, capacidad

---

[6] Casación 5453-2013-La Libertad, considerando jurídico 2.4.

[7] Casación 5453-2013-La Libertad, considerando jurídico 2.4.

[8] Casación 5453-2013-La Libertad, considerando jurídico 2.4.

de mando, posición jerárquica y el ejercicio de funciones esenciales para la organización"[9].

Adicionalmente, Montoya Melgar define al personal de dirección "como aquellos que desempeñan poderes propios del empleador (no necesariamente de todos) que versen sobre los objetivos generales de la empresa"[10].

Finalmente, Manuel Carlos Palomeque: establece que: "lo que caracteriza al personal de dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial"[11].

Como vemos, esencialmente (y no únicamente), los trabajadores de dirección son aquellos de rango o nivel gerencial o de alta jerarquía dentro de la empresa o de la entidad, pues como es fácil colegir, respecto de ellos *depende directamente el correcto y debido funcionamiento de la organización*.

Sin perjuicio de ello, y conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional, "(…) 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 que no tiene poder de decisión ni de representación"[12].

III. LA REPOSICIÓN EN EL EMPLEO Y LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA. A PROPÓSITO DEL CASO "CHAVEZ CABALLERO"

Cuando se revisa la configuración del Derecho al Trabajo, verificamos que el constituyente se ha preocupado por indicar que la ley otorga *adecuada* protección contra el despido arbitrario (Artículo 27° de la Constitución). En ese sentido, y conforme lo indicara el Tribunal Constitucional a partir de las sentencias recaídas en los expedientes Fetratel vs Telefónica (Exp. 1124-2001-AA/TC) y Llanos Huasco vs Telefónica (Exp. 976-2001-AA/TC), ese mandato de *adecuada* protección importa, entre otros aspectos, que el

---

[9] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *"El despido en el Derecho Laboral Peruano"*. Tercera edición. Lima: Jurista Editores. 2013. p. 588.

[10] MONTOYA MELGAR, Alfredo. "Derecho del Trabajo". Tecnos. Décimo novena Edición. Madrid. 1998. p. 501

[11] PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. "Derecho del Trabajo". Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Sexta Edición. Madrid. 1998. p. 1019.

[12] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3501-2006-AA/TC, Fundamento Jurídico 14.

diseño de tutela confeccionado por legislador contra el despido deba respetar un mínimo de proporcionalidad, esto es, que sea en buena cuenta, un diseño óptimo u idóneo.

Así, el máximo intérprete de la Constitución indicó que: "(…) el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en su artículo 27 o acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la Norma Suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, estas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas adecuadas"[13]

En el caso peruano, hasta antes de la dación de las sentencias antes mencionadas, para el despido arbitrario y para el despido indirecto (generado por la comisión de algún acto de hostilidad por parte del empleador) correspondía la *tutela resarcitoria*, esto es, el pago de la indemnización por despido arbitrario prevista por el artículo 38° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Asimismo, la *tutela restitutoria* (reposición en el empleo) sólo era procedente en caso se alegue la existencia de un despido nulo bajo los alcances de alguna de las causas previstas por el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, esto es, por razón antisindical, discriminación, trabajadoras gestantes, entre otras.

Luego, el Tribunal Constitucional construyó las categorías de despido incausado, despido fraudulento y despido nulo (pero sin limitarse a los derechos fundamentales cuya protección se encuentra de forma expresa por la legislación laboral ordinaria); en cuyos casos se habilitaba la tutela restitutoria a elección del trabajador, esto es, el trabajador elegía si optar por la reposición en el empleo o por el pago de una suma económica.

Dicho esto, y pasados algunos años, la pregunta que intentó responder el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, es si los trabajadores de confianza y dirección también tenían derecho a la tutela restitutoria. Para ello, expidió la sentencia recaída en el expediente N° 3501-2006-PA/TC (Caso Chávez Caballero).

En dicho pronunciamiento, el TC indicó lo siguiente: "De la misma manera la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que, si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo,

[13] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 976-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 12.

de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado”[14].

Como vemos, para el Tribunal Constitucional aquellos trabajadores que desde el ingreso a la Empresa o la entidad desempeñaron un cargo de confianza o dirección, sólo les correspondería la tutela resarcitoria debido a que siempre tuvieron conocimiento que la confianza era la que delimitaba la continuidad en la prestación de sus servicios. Si bien es cierto la argumentación de la sentencia es deficiente y diminuta, es posible coincidir con el máximo intérprete de la Constitución en su conclusión. Nos explicamos.

Desde un punto de vista formal, fue el Tribunal Constitucional el que “modificó” el ordenamiento jurídico laboral privado al fijar una nueva tipología de despidos, e incorporar a los despidos incausados, fraudulentos y nulos (pero no sólo desde la perspectiva de los supuestos previstos por la ley laboral sustantiva) como generadores de una tutela restitutoria. Como hemos dicho, dicha situación no era la regulada por el legislador laboral peruano y por ende, a partir de una interpretación del artículo 27° de la Constitución y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, consideró que dicha tutela era válida para cualquier trabajador. Claramente se instituyó (aunque algunos no deseen aceptarlo) la estabilidad laboral absoluta.

Pero si esto era así, el propio Tribunal Constitucional tenía la posibilidad de “reinterpretar” o “modificar” los alcances de su posición inicial e identificar si todos los trabajadores podían optar tanto por la tutela restitutoria como por la resarcitoria. Como hemos dicho, a partir de la sentencia del caso Chávez Caballero, el TC marcó la primera limitación: a los trabajadores de confianza o dirección sólo les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario prevista en la legislación laboral.

Por otro lado, y en cuanto a la corrección material de la respuesta dada por el Tribunal Constitucional, debemos tener en cuenta que tenemos por un lado el Derecho al Trabajo (cuya lesión claramente se efectúa ante un despido) y por otro lado la Libertad de Empresa (que resultará intervenido en gran medida en caso se ordena la reincorporación de un trabajador). Se trata en buena cuenta desde mi punto de vista de un conflicto entre dos derechos fundamentales, cuya solución sólo podría darse a través del principio de proporcionalidad.

En ese sentido y conforme indica Mijail Mendoza “El instrumento conceptual que permitirá resolver el problema de colisión será el *principio de proporcionalidad* con sus tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”[15].

---

[14] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3501-2006-AA/TC, Fundamento Jurídico 16.

[15] MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Derechos Fundamentales y Derecho Privado*. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. Primera Edición. 2009. p. 64.

En cuanto, al contenido del principio de proporcionalidad, Bernal Pulido nos indica con certeza que: "Idoneidad: según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. Necesidad: según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido. Proporcionalidad en sentido estricto: según este subprincipio, la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general"[16].

Al respecto, la reposición en el empleo claramente será una *medida idónea* para la satisfacción del Derecho al Trabajo pues a través de aquella justamente el trabajador recupera su fuente de ingresos y su readmisión en el empleo. De otro lado y con relación a la superación del subprincipio de *necesidad*, efectivamente, sí existe otra medida menos gravosa para la satisfacción de dicho derecho como es el pago de una reparación económica que ha sido prevista por el legislador ordinario a efectos de resarcir el daño ocasionado por la pérdida del empleo.

Pese a ello, algunos podrían discrepar respecto de que la reparación económica sea una medida *igualmente satisfactoria* como la reposición en el empleo. Consciente de ello correspondería asumir ello y proceder a la de ponderación en sentido estricto. En ese sentido, considero que la readmisión de un trabajador de confianza (que maneja información reservada o coadyuva a la toma de decisiones empresariales con sus opiniones y que además trabaja en contacto directo con el empleador o el personal de dirección) y la de un trabajador de dirección propiamente dicho (del que depende propiamente el resultado de la actividad empresarial o de la entidad) inciden de manera *grave* en la Libertad de Empresa, pues se tornaría incapaz el normal y correcto desenvolvimiento de la actividad empresarial.

De otro lado, el grado de satisfacción en el derecho interviniente sería *medio* pues debe tenerse en cuenta que este tipo de trabajadores nunca tuvieron una expectativa de estabilidad como los trabajadores comunes pues conocía que tanto su elección como su desvinculación estaba vinculada a la confianza depositada en ellos.

Suponer lo contrario significaría que por ejemplo el Gerente de Ventas de una Empresa (claramente un personal de dirección) pudiera tener derecho a la readmisión en el empleo, pese a que el empleador ya no confía en él y que sobre aquel dependen los resultados de la Empresa. De igual modo, la secretaria del gerente general (personal de confianza) podría retornar a trabajar pese a que en atención a la información que maneja se requiere un grado de confianza altísimo a efectos de evitar su fuga o mal uso.

---

[16] BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Primera Edición. Editorial Cordillera S.A.C. Colombia 2005. pp. 66-67.

En conclusión, sí resulta razonable y proporcional que los trabajadores de confianza y dirección no ostenten una tutela restitutoria en tanto y en cuanto la reposición en el empleo no resulta ser una medida idónea, necesaria ni proporcional en sentido estricto con respecto a la intervención que genera en la Libertad de Empresa. Corresponde entonces analizar el Pleno.

IV. DISCREPANCIAS CON RELACIÓN AL VII PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

Con la finalidad de determinar si el Pleno se ajusta a los términos que los Tratados Internacionales, la Constitución y el ordenamiento jurídico laboral imponen, estructuraremos los argumentos que nos permiten sustentar nuestra posición en torno a dicha interrogante.

a) Inexistencia de duda en cuanto a la protección resarcitoria

Como indicamos anteriormente, el VII Pleno Supremo Jurisdiccional Laboral y Previsional establece dentro de sus conclusiones lo siguiente: “Aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les retire la confianza”. Es decir, a dicho tipo de trabajadores no les corresponde (a decir de los jueces peruanos) ni siquiera el pago de la indemnización por despido arbitrario prevista en la ley sustantiva laboral.

El primer aspecto que corresponde tener en cuenta es que como hemos indicado en la parte inicial del presente trabajo, una de las finalidades principales de los plenos jurisdiccionales es unificar la jurisprudencia y por ello generar certeza entre los operados jurídicos y particularmente entre los sujetos de la relación laboral respecto a la forma en que los órganos de justicia decidirán las controversias surgidas en dicho ámbito.

Ello se presenta obviamente en caso existan dudas o discrepancias en la forma de resolver dichos conflictos. En caso eso no sea así, esto es, si los órganos jurisdiccionales no tienen duda en cuanto a los alcances de determinado derecho o en cuanto a la interpretación de una disposición normativa, los plenos jurisdiccionales carecen de sentido alguno. Aquí, conviene preguntarnos ¿Existía duda respecto a si a los trabajadores de confianza o dirección les correspondía el pago de la indemnización por despido arbitrario? La respuesta es claramente negativa, pues existía concenso incluso en la propia Corte Suprema respecto a que la tutela resarcitoria era la propia para dicho tipo de trabajadores. Ello puede verse por ejemplo en la Casación N° 3106-2016-Lima y en la sentencia expedida por el TC en el expediente n° 2961-2012-AA/TC, entre otros diversos casos. No obstante, deseo precisar algunos argumentos por lo que considero que el Pleno yerra groseramente también desde un punto de vista material.

b) El Pleno viola el Protocolo de San Salvador

Como es por todos conocidos, la validez de las disposiciones internas no está sujeta únicamente a su compatibilidad con la Constitución, sino además con los tratados internacionales de los que el Perú es parte. Sobre el particular, el Protocolo Adicional sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" establece en su artículo 7° lo siguiente: "(…) para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones adicionales, de manera particular: (…) la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de la industria 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".

El Protocolo nos muestra entonces dos opciones válidas desde los tratados internacionales en cuanto al tratamiento de los despidos injustificados, esto es, la readmisión en el empleo o el pago de una indemnización. Existe una salvedad prevista por el propio Protocolo y es que en caso exista otra prestación prevista por la legislación nacional, ello también será válido. No obstante, en la legislación peruana ello no resulta predicable pues el ordenamiento jurídico laboral no prevé otro mecanismo adicional de protección contra el despido que los antes mencionados. Por tanto, concluir que los trabajadores de confianza y dirección no les corresponde ninguna de las protecciones establecidas por el Protocolo equivale en buena cuenta a desacatar los mandatos derivados de dicho instrumento internacional y por tanto afectar el artículo 55° de la Constitución Política del Estado que establece que: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".

c) El Pleno vacía de contenido al Derecho al Trabajo

Conforme hemos indicado en líneas anteriores: "El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional 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. 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 trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa"[17].

[17] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0263-2012-AA/TC, Fundamento Jurídico 3.3.1.

Siendo ello así, tenemos que eliminar cualquier mecanismo legal de protección contra el despido a los trabajadores de confianza y dirección vacía de contenido al Derecho al Trabajo pues no existiría propiamente una proscripción en cuanto a no ser despedido salvo por causa justa y por tanto se justificaría el despido sin consecuencia jurídica alguna.

d) El Periodo de Prueba

Al momento de regular la protección contra el despido, el legislador ordinario tiene cierta amplitud para dichos efectos. Así, por ejemplo, y conforme a la mayoría de las legislaciones comparadas, se ha tenido en cuenta una institución particular del Derecho del Trabajo denominado "periodo de prueba".

Al respecto se ha indicado que: "El periodo de prueba es el lapso de tiempo en el que el empleador evalúa si el trabajador se desempeña de acuerdo con las expectativas de idoneidad y eficiencia requeridas por el puesto de trabajo para el que fue contratado"[18]. En efecto, el periodo de prueba consiste en aquel lapso en el cual el legislador dispensa de protección contra el despido arbitrario al trabajador con la finalidad de que el empleador determine según su perspectiva si este reúne los requisitos, condiciones y competencias que aquel requiere para desempeñar las funciones que fueran plasmadas en el contrato de trabajo.

El ordenamiento jurídico peruano se ha preocupado de diferenciar los plazos máximos de dicho periodo de prueba. En efecto, en el artículo 10° del Decreto Supremo se indica lo siguiente: "El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección"

Como vemos, el propio legislador se ha preocupado de delimitar que el periodo de prueba, que justamente genera una excepción al régimen de protección contra el despido arbitrario y por tanto permite la libre resolución del contrato de trabajo por cualquier de los sujetos de la relación laboral tenga un plazo tope o límite de seis (6) meses o un (1) respectivamente. En ese sentido, la consecuencia dada por el propio enunciado normativo es que superado dicho plazo, incluido el personal de confianza y dirección que son justamente a los que hace referencia, también alcanzan protección contra el despido arbitrario.

[18] DOLORIER TORRES, Javier; Tratado Práctico de Derecho Laboral; 1° Edición, Gaceta Jurídica S.A, Lima, 2010, p. 24.

En ese sentido nos preguntamos ¿A qué protección contra el despido podría referirse el mencionado artículo 10°? Pues, únicamente al pago de la indemnización por despido arbitrario prevista en el artículo 38° del Decreto Supremo 003-97-TR. El Pleno no ha tenido en cuenta dicha circunstancia y ha considerado de forma aislada que el retiro de la confianza supone una forma especial de extinción del vínculo laboral, sin atender al hecho que el propio legislador ha tenido en cuenta la protección contra el despido de los trabajadores de confianza y dirección superado el extenso periodo de prueba previsto en la norma peruana.

e) El Pleno distingue donde la ley no lo hace

Otro argumento para discrepar del Pleno es que en buena cuenta, lo que ha hecho la Corte Suprema es distinguir donde la ley no lo hace. En efecto, además de la interpretación sistemática que debió darse a razón de la regulación del periodo de prueba, que a contrario sensu, establece de forma expresa la protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de dirección y confianza en caso superen el periodo de prueba, es que el artículo 34° del Decreto Supremo no hace distinción alguna en cuanto a los trabajadores a los que les alcanza dicho derecho.

En efecto, el enunciado normativo establece lo siguiente: “El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con conducta o su capacidad no dan lugar a la indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización prevista por el artículo 38°, cómo única reparación por el daño sufrido (…)”

Como vemos, el legislador no ha hecho ninguna distinción alguna a efectos del pago de la indemnización por despido arbitrario con relación a los trabajadores de confianza y dirección, debido a lo cual tenemos que el Pleno distingue generando un régimen de excepción o exclusión de dichos trabajadores cuando de forma alguna ello ha sido previsto por el legislador laboral ordinario.

V. CONCLUSIONES

A manera de conclusión podemos expresar las siguientes ideas:

- Es proporcional que la protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección sea la tutela resarcitoria, pues se condice con el grado de afectación que supondría en la Libertad de Empresa su readmisión en el empleo.

- La eliminación de toda forma de protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección supone una infracción directa contra el Protocolo de San Salvador, debido a lo cual el Pleno resulta ser inaplicable en sede nacional.

- La eliminación de toda forma de protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección supone vaciar de contenido el Derecho al Trabajo, resultando por tanto el Pleno incompatible con la Constitución Política del Perú.

- La eliminación de toda forma de protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección no se condice con el hecho que el propio legislador haya establecido un plazo máximo del periodo de prueba, pues justamente superado aquel, también adquieren protección contra el despido como los demás trabajadores.

- La eliminación de toda forma de protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección implica distinguir donde el legislador no lo ha hecho conforme al propio texto del artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

RESPONSABILIDAD CIVIL CUASIOBJETIVA EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD OCUPACIONAL:

INCERTIDUMBRE JUDICIAL Y RETOS PARA LOS PRINCIPALES OBLIGADOS

KAREN BUSTAMANTE ARCE[1]

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 53 de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, LSST) dispone que el incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar a las víctimas, o a sus derechohabientes, las indemnizaciones de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales que correspondan. A pesar de la claridad de la norma respecto a la exigencia de identificar previamente la existencia de algún incumplimiento por parte del empleador, a la fecha no existe un criterio jurisprudencial definido y claro sobre los alcances de la responsabilidad civil del empleador.

De la revisión de los recientes pronunciamientos judiciales podríamos concluir que la tendencia de los jueces laborales se orienta por el establecimiento de una responsabilidad objetiva del empleador, en donde éste responda siempre, limitando su posibilidad de demostrar en juicio el cumplimiento de su responsabilidad.

En este contexto, haremos un repaso por los principales pronunciamientos judiciales en la materia, dentro del que incluiremos nuestro análisis al Acuerdo tomado por los jueces supremos en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, a fin de demostrar que - a pesar de la tendencia judicial - existen elementos

[1] Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada Senior del Área Laboral del Estudio Echecopar, asociado a Baker & Mckenzie Internacional.

suficientes para concluir que la responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo es subjetiva, razón por la que el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo debe ser valorado como un eximente de responsabilidad y se reivindica como especialmente significativo para el resultado del proceso.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPLEADOR EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO SEGÚN LA LEGISLACIÓN LABORAL

El artículo 53 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley 29783 (en adelante, LSST) dispone que: "*El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En el caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva*".

Por su parte, el artículo 94 del Reglamento de la LSST, aprobado por el Decreto Supremo No. 005-2012-TR establece que:

> "*Artículo 94.- Para efecto de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, la imputación de la responsabilidad al empleador por incumplimiento de su deber de prevención requiere que se acredite que la causa determinante del daño es consecuencia directa de la labor desempeñada por el trabajador y del incumplimiento por parte del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo.*"

Sin duda, la responsabilidad del empleador y su obligación de indemnizar, conforme a Ley, se origina sólo cuando se demuestra el incumplimiento del **deber de prevención**, el que además, se encuentra compuesto por el cumplimiento del conjunto de normas de seguridad y salud en el trabajo. De lo anterior, se desprende con total claridad y sin atisbo de duda que el propio legislador ha establecido que la responsabilidad en indemnizar nacerá junto con el incumplimiento, razón por la que una lectura distinta contravendría el propio ordenamiento jurídico.

a. El deber de prevención desde el punto de vista normativo

Ahora bien ¿en qué consisten las obligaciones que el empleador debe satisfacer para acreditar el cumplimiento de su deber de prevención? De acuerdo con el Diccionario de Prevención de Riesgos Laborales[2], la *prevención* es el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo. Es decir, actividades o medidas

[2] PARDO GATO, José Ricardo. *Diccionario de Prevención de Riesgos Laborales* Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, pág. 388.

adoptadas o previstas para eliminar, minimizar o disminuir las posibles consecuencias que sobre los trabajadores podrían ocasionar los diferentes riesgos.

En la misma línea, reconocida doctrina[3] sostiene que la protección de la seguridad y salud del los trabajadores mediante la prevención de los riesgos laborales supone el cumplimiento de una serie de obligaciones, las que además tienen las siguientes características:

- **Se trata de una obligación contractual genérica y compleja:** Se trata de una obligación genérica compleja que se concreta en un *haz de específicas obligaciones*, todas ellas previstas en la ley, que constituyen medios para alcanzar el fin pretendido: la seguridad y salud laborales.

  Así pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo I del Título Preliminar de la LSST, "*el empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, 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.*"

  Este deber se refuerza con lo establecido en el artículo IX del mismo Título Preliminar, según el cual "*los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua".* De acuerdo con la norma, éstas condiciones deben estar dirigidas a garantizar que (i) el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable, y (ii) a que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores.

  Evidentemente nos encontramos frente un mandato genérico, que es luego concretizado a través de una serie de obligaciones específicas, tanto dentro de la misma LSST, como a través de otros cuerpos normativos. Así pues, por ejemplo, podemos hacer referencia a las siguientes:

  - Obligación de contar con un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (Artículo 17 de la LSST).
  - Obligación de implementar mecanismos de participación (Artículo 19 de la LSST, y 24 y 82 del Reglamento de la LSST).
  - Obligación de difundir una política de seguridad y salud en el trabajo (Artículo 22 de la LSST).

[3] SALA FRANCO, Tomás. *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*. EditorialTirant lo blanch, Valencia, 2009, pág 104.

- Obligación de capacitar a los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo (Artículos 27 y 25 de la LSST; y, artículo 28 del Reglamento de la LSST).
- Obligación de conformar un comité de seguridad y salud en el trabajo (Artículos 29 y 30 de la LSST, y 43 del Reglamento de la LSST).
- Obligación de entregar copia del Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo (Artículo 35 de la LSST, y 75 del Reglamento de la LSST).

Las obligaciones legales en materia de seguridad y salud en el trabajo a las que se encuentra sujeto cada empleador varían sustancialmente dependiendo del sector económico en el que desarrolle su actividad. Así, por ejemplo, una empresa del sector *retail* no se encontrará sujeta a las mismas obligaciones a las que se encuentra sujeta una empresa minera; ello, debido a los riesgos asociados a cada actividad. No obstante, existen principios comunes que orientan la seguridad y salud de todos los sectores económicos y que han sido desarrollados por la LSST como norma transversal en la materia para todas las actividades económicas.

- **Se trata de una obligación de medios y no de resultados:** Lo cual supone que el empleador cumplirá con su obligación genérica cumpliendo - a su vez- todas las obligaciones específicas en que aquella se concreta, poniendo todos los medios necesarios para que no se produzcan daños. Por el contrario, el empleador incumplirá su obligación genérica cuando incumpla alguna de las obligaciones específicas, aunque no se produzca un resultado dañoso. Lo importante, a estos efectos, es, pues, poner los medios - cumplir con las obligaciones específicas - y no tanto que se produzca o no un daño para el trabajador.

  Lo que ocurre en la práctica es que incluso tratándose de una obligación de medios, la complejidad y vastedad de las obligaciones y la exigencia de diligencia, hace muy difícil que el empleador pueda eximirse de responsabilidad ante la presencia de un daño. Creemos que esta situación responde principalmente (i) a la gran cantidad de obligaciones, que se encuentran dispuestas en distintos cuerpos normativos, (ii) a la complejidad y ambigüedad, (iii) al desconocimiento de los jueces al aplicar la norma correspondiente; e, incluso (iv) al desconocimiento de los propios empresarios respecto de las normas que les son aplicables de acuerdo con el sector al que pertenecen y las actividades que realizan.

  Razones que, sin duda, hacen de la obligación de seguridad y salud en el trabajo - específicamente, del deber de prevención - una tarea ardua de satisfacer. Sin embargo, ello no obsta que los jueces laborales deban cumplir con evaluar el cumplimiento y diligencia del empleador al momento de establecer la responsabilidad, puesto que - como lo hemos señalado - la norma laboral es clara al señalar que el deber de indemnizar nace junto con el incumplimiento.

- **Se trata de un deber de contenido variable:** Como hemos advertido a lo largo de los últimos años, más aún desde la publicación de la LSST en el año 2011, las normas de seguridad y salud en el trabajo han sufrido modificaciones constantes, y en algunos casos, sustanciales. Por ejemplo, tenemos al Reglamento de

Seguridad y Salud Ocupacional en Minería que fue modificado sustancialmente en el año 2016. Esta intensa labor legislativa sobre la materia exige que los empleadores busquen actualizarse constantemente a fin de conocer el establecimiento de nuevas obligaciones.

- **Se trata de una obligación empresarial de imposible traslado:** Tal como lo dispone el artículo 26 de la LSST, el liderazgo del sistema de gestión recae en el empleador, siendo además este el sujeto obligado casi en la totalidad de obligaciones dispuestas por la norma (decimos casi, puesto que la norma estable obligaciones para el Estado, el Comité de Seguridad, el Supervisor de seguridad, entre otros; sin embargo a éstos no se les atribuye responsabilidad). Así pues, será el empleador quien responda por los daños producidos incluso si quien actuó negligentemente fue cualquiera de sus trabajadores, o terceros contratados para la actividad preventiva.

  De hecho, como lo señala García Murcia, no cabe duda de que el sujeto más expuesto a este tipo de responsabilidad es el empresario, no solo porque es el que tiene un deber genérico de seguridad y salud respecto de sus trabajadores y el que asume mayor número de obligaciones en esta materia, sino también porque, como titular de la empresa, es el que ha de hacer frente a los riesgos y consecuencias que arrastra el desarrollo de la actividad empresarial; es el que asume el riesgo empresarial.[4]

- **Se trata de una obligación autónoma:** La obligación de prevención deberá cumplirse independientemente de las obligaciones propiamente laborales (prestación de servicios, pago de remuneración, etc.).

De lo anterior, podemos concluir que para que el empleador demuestre el cumplimiento normativo de su deber de prevención, debe (i) cumplir debidamente con las obligaciones específicas contenidas en los cuerpos normativos aplicables, (ii) fiscalizando que el personal que delega para la ejecución de las obligaciones se encuentren debidamente informado y capacitado, (iii) y contando con asesoría permanente a fin de conocer las modificaciones de la norma y los criterios de aplicación dispuestos por las entidades correspondientes.

b. El deber de prevención fuera del campo normativo: El empleador "diligente"

La pregunta que surge en este punto es si también debemos tomar como "medida de prevención" las acciones que no se encuentran en las disposiciones normativas pero que podrían ser adoptadas por el empleador para minimizar o eliminar los riesgos. Al respecto, debemos hacer referencia al concepto de "empleador diligente" introducido por el VI Pleno Jurisdiccional Laboral y Previsional:

> "*Las medidas de seguridad y salud en el trabajo están contenidas principalmente en normas legales dispersas y normas reglamentarias del propio empleador; sin embargo, ello no*

[4] GARCÍA MURCIA, Joaquín. *La responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo.*En: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social. No. 50, 1999, pág. 225.

> *desvirtúa el carácter contractual del deber de seguridad que tiene el empleador para con sus trabajadores, porque este no se agota con solo cumplir estas disposiciones legales, sino que es obligatorio que el empleador, quien controla el lugar de trabajo, tome las acciones y medidas que permitan reducir al mínimo tanto la insalubridad como la peligrosidad del centro laboral o de las labores que realiza el trabajador.*
>
> *En otras palabras,* ***no solo basta con el cumplimiento objetivo de las normas sobre seguridad y salud en el trabajo****,* ***sino que se exige un empleador diligente*** *que busque reducir al mínimo posible cualquier afectación que pueda sufrir el trabajador en su salud o vida.*
>
> *Así, debemos entender por empleador diligente como aquel empleador que adicionalmente al cumplimiento de las normas legales o reglamentarias sobre salud y seguridad en el trabajo cumplió con capacitar a sus trabajadores sobre dichas normas y su aplicación, así como sobre las consecuencias en la salud por la actividad que realizan, efectuó en forma íntegra un análisis e identificación de los riesgos y tomó las medidas adecuadas para minimizar o eliminar el mismo y fiscalizó el cumplimiento de las medidas de seguridad y salud implementadas.*"

De lo anterior, nos preguntamos ¿los Jueces Supremos incorporan al análisis sobre responsabilidad un nuevo elemento que supone verificar incluso el cumplimiento de conductas que se encuentren fuera de las normas legales? Sin duda, una tesis de ese calibre llevaría a la inseguridad jurídica absoluta, pues convertiría en **imposible** poder demostrar en juicio el cumplimiento del deber de prevención, en tanto siempre existiría algo más por hacer a fin de ***reducir al mínimo cualquier afectación.***

Revisemos el concepto. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico no existe referencia alguna a las obligaciones específicas que deben cumplirse a fin de demostrar el comportamiento de un "empleador diligente". Si bien verificamos que el Pleno esboza una definición sobre lo que deberíamos entender como empleador diligente, tenemos que únicamente repite conductas que ya se encuentran recogidas dentro de normas legales, por lo que creemos que la interpretación de éste concepto es imprecisa.

A continuación, listaremos las conductas que a juicio del Pleno describen a un "empleador diligente":

- *Cumplió con capacitar a sus trabajadores sobre las normas legales y reglamentarias, y su aplicación*. *Capacitó los trabajadores sobre las consecuencias en la salud de la actividad que realizan*. (Artículo IV de la LSST, Principio de

Información y Capacitación[5], Artículo 27 de la LSST, Disposición del Trabajador en la Organización del Trabajo[6], literal g del Artículo 49 de la LSST[7], Artículo 35 del Reglamento de la LSST[8])

- *Efectuó en forma íntegra un análisis e identificación de los riesgos propios de la actividad o centro de trabajo.* (Artículo 36 de la LSST, Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo[9], Artículo 75 de la LSST, Participación en la Identificación de Peligros y Evaluación de Riesgos[10], Artículo 26 del Reglamento de la LSST[11], Artículo 32 del Reglamento de la LSST[12], Artículo 82 del Reglamento de la LSST[13])

---

[5] IV. PRINCIPIO DE INFORMACIÓN Y CAPACITACIÓN: Las organizaciones sindicales y los trabajadores reciben del empleador una oportuna y adecuada información y capacitación preventiva en la tarea a desarrollar, con énfasis en lo potencialmente riesgoso para la vida y salud de los trabajadores y su familia.

[6] Artículo 27. Disposición del trabajador en la organización del trabajo: El empleador define los requisitos de competencia necesarios para cada puesto de trabajo y adopta disposiciones para que todo trabajador de la organización esté capacitado para asumir deberes y obligaciones relativos a la seguridad y salud, debiendo establecer programas de capacitación y entrenamiento como parte de la jornada laboral, para que se logren y mantengan las competencias establecidas.

[7]Artículo 49. Obligaciones del empleador
El empleador, entre otras, tiene las siguientes obligaciones:
(…)
g) Garantizar, oportuna y apropiadamente, capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y puesto de trabajo o función específica, tal como se señala a continuación:
1. Al momento de la contratación, cualquiera sea la modalidad o duración.
2. Durante el desempeño de la labor.
3. Cuando se produzcan cambios en la función o puesto de trabajo o en la tecnología.

[8] Artículo 75.- El empleador debe poner en conocimiento de todos los trabajadores, mediante medio físico o digital, bajo cargo, el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo y sus posteriores modificatorias. Esta obligación se extiende a 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.

[9] Artículo 36. Servicios de seguridad y salud en el trabajo
Todo empleador organiza un servicio de seguridad y salud en el trabajo propio o común a varios empleadores, cuya finalidad es esencialmente preventiva. Sin perjuicio de la responsabilidad de cada empleador respecto de la salud y la seguridad de los trabajadores a quienes emplea y habida cuenta de la necesidad de que los trabajadores participen en materia de salud y seguridad en el trabajo, los servicios de salud en el trabajo aseguran que las funciones siguientes sean adecuadas y apropiadas para los riesgos de la empresa para la salud en el trabajo:
a) Identificación y evaluación de los riesgos que puedan afectar a la salud en el lugar de trabajo.

[10] Artículo 75. Participación en la identificación de riesgos y peligros
Los representantes de los trabajadores en seguridad y salud en el trabajo participan en la identificación de los peligros y en la evaluación de los riesgos en el trabajo, solicitan al empleador los resultados de las evaluaciones, sugieren las medidas de control y hacen seguimiento de estas. En caso de no tener respuesta satisfactoria, pueden recurrir a la autoridad administrativa de trabajo.

[11] Artículo 26.- El empleador está obligado a:

- *Fiscalizó el cumplimiento de las medidas de seguridad.* (Artículo 41 de la LSST, Objeto de la Supervisión[14], Artículos 85, 86 y 87 del Reglamento de la LSST[15])

(…)
g) Adoptar disposiciones efectivas para identificar y eliminar los peligros y los riesgos relacionados con el trabajo y promover la seguridad y salud en el trabajo.

[12] Artículo 32.- La documentación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo que debe exhibir el empleador es la siguiente:
(…)
c) La identificación de peligros, evaluación de riesgos y sus medidas de control.

[13] Artículo 82.- El empleador debe identificar los peligros y evaluar los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores en forma periódica, de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la Ley. Las medidas de prevención y protección deben aplicarse de conformidad con el artículo 50 de la Ley. La identificación se realiza en consulta con los trabajadores, con la organización sindical o el Comité o Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo, según el caso.

[14] Artículo 41. Objeto de la supervisión
La supervisión permite:
a) Identificar las fallas o deficiencias en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.
b) Adoptar las medidas preventivas y correctivas necesarias para eliminar o controlar los peligros asociados al trabajo.
c) Prever el intercambio de información sobre los resultados de la seguridad y salud en el trabajo.
d) Aportar información para determinar si las medidas ordinarias de prevención y control de peligros y riesgos se aplican y demuestran ser eficaces.
e) Servir de base para la adopción de decisiones que tengan por objeto mejorar la identificación de los peligros y el control de los riesgos, y el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.

[15] Artículo 85.- El empleador debe elaborar, establecer y revisar periódicamente procedimientos para supervisar, medir y recopilar con regularidad datos relativos a los resultados de la seguridad y salud en el trabajo. Asimismo, debe definir en los diferentes niveles de la gestión, la responsabilidad y la obligación de rendir cuentas en materia de supervisión. La selección de indicadores de eficiencia debe adecuarse al tamaño de la organización, la naturaleza de sus actividades y los objetivos de la seguridad y salud en el trabajo.

Artículo 86.- El empleador debe considerar la posibilidad de recurrir a mediciones, cualitativas y cuantitativas, adecuadas a las necesidades de la organización. Estas mediciones deben:
a) Basarse en los peligros y riesgos que se hayan identificado en la organización, las orientaciones de la política y los objetivos de seguridad y salud en el trabajo.
b) Fortalecer el proceso de evaluación de la organización a fin de cumplir con el objetivo de la mejora continua.

Artículo 87.- La supervisión y la medición de los resultados deben:
a) Utilizarse como un medio para determinar en qué medida se cumple la política, los objetivos de seguridad y salud en el trabajo y se controlan los riesgos.
b) Incluir una supervisión y no basarse exclusivamente en estadísticas sobre accidentes del trabajo y enfermedades ocupacionales.
c) Prever el intercambio de información sobre los resultados de la seguridad y salud en el trabajo.
d) Aportar información para determinar si las medidas ordinarias de prevención y control de peligros y riesgos se aplican y demuestran ser eficaces.

Tal como lo señalamos, las conductas que supuestamente demostrarían el comportamiento de un "empleador diligente" ya se encuentran recogidas en normas legales en materia de seguridad y salud en el trabajo, razón por la que la definición del Pleno queda vacía de contenido, generando incertidumbre en las empresas demandadas, e incluso en los mismos Jueces, quienes ahora tendrán que resolver la acreditación del "empleador diligente" sobre la base de su buen saber y entender.

Incluso, aquellos empleadores, comprometidos con una cultura de prevención, que adoptaran medidas adicionales a las que les son exigibles a fin de cubrir aspectos de seguridad que su regulación específica no les impone (por ejemplo, el caso de una empresa industrial que considera necesario adoptar regulación minera en materia de seguridad y salud para cubrir con redes de contención espacios peligrosos dentro de su planta), podrían responder por daños a la salud, si dichas medidas no fueran suficientes a criterio del Juzgador. Recordemos que las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo son complejas, imprecisas y abundantes, por lo que dejar a criterio de cada Juez la delimitación del concepto de "empleador diligente", lejos de fortalecer la cultura de prevención de riesgos laborales, sólo genera inseguridad jurídica para los empleadores, quienes podrían encontrar otro desincentivo en implementar medidas adicionales de prevención.

Creemos que la única lectura que debe dársele a lo expuesto por los Jueces Supremos es la siguiente: la jurisprudencia, sin negar el factor subjetivo de responsabilidad, se inclina por creer que la diligencia requerida para el cumplimiento del deber de prevención comprende no solo las previsiones y cuidados normativos, sino también todos los que la "prudencia" - **desde una mirada razonable y contextualizada** - exija para prevenir el daño. Es decir, el juzgador deberá - además de analizar el cumplimiento normativo - hacer un examen concienzudo del tiempo, lugar, condiciones, etc., que acompañaron cada evento, a fin de valorar si el empleador actuó de manera prudente, o "diligente". No obstante, insistimos en que la incorporación de este elemento de análisis debe ser observado con cuidado, puesto que podría - contrariamente a la finalidad de la prevención - generar desincentivos para desplegar medidas preventivas.

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPLEADOR EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO SEGÚN LOS JUECES LABORALES

a. Pronunciamientos previos al Acuerdo del VI Pleno Laboral Jurisdiccional Laboral y Previsional 2017

El pasado 21 de diciembre de 2017 se publicó en el Diario Oficial el Peruano el VI Pleno Jurisdiccional Laboral y Previsional, que contiene los Acuerdos tomados por los Jueces Supremos de la Primera y Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema sobre temas laborales de especial trascendencia. En materia de seguridad y salud en el trabajo, los magistrados supremos desarrollaron los

---

e) Servir de base para la adopción de decisiones que tengan por objeto mejorar la identificación de los peligros y el control de los riesgos y el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.

alcances y naturaleza de la responsabilidad del empleador frente a accidentes de trabajo y a enfermedades profesionales, asunto que fue materia de pronunciamientos opuestos durante el año 2017.

En efecto, el pasado 30 de enero de 2017 se publicó la Casación Laboral 4258-2016 Lima, que fijó como precedente vinculante que los daños ocasionados por accidentes de trabajo deben ser atribuidos **siempre** al incumplimiento del deber de prevención del empleador, por lo que le corresponde a éste indemnizar solo con haberse demostrado la existencia del daño:

> *"Noveno.- Interpretación de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. De conformidad con los Principios de Prevención y de Responsabilidad, contemplados en los Artículos I y II del Título Preliminar de la Ley Nº 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, establece que la interpretación correcta del artículo 53º de la Ley antes mencionada es la siguiente; "Probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención, hecho que genera la obligación patronal de pagar a la víctima o sus derechohabientes una indemnización que será fi jada por el juez conforme al artículo 1332º del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas documentales o periciales sobre el valor del mismo".*

A través de este pronunciamiento, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema precisó que la correcta interpretación del artículo 53 de la LSST es que, una vez probada la existencia del daño sufrido por el trabajador a consecuencia de un accidente de trabajo, **debía atribuirse la responsabilidad inmediata al empleador**, de quien se presumía un incumplimiento a su deber de prevención. Razón por la que se generaba a favor del trabajador o de sus derechohabientes una indemnización fijada por el juez conforme al artículo 1332 del Código Civil.

Solo unos meses después, la misma Sala Laboral emitió la Casación Laboral 18190-2016 Lima, a través de la que - apartándose del precedente vinculante anterior - estableció que la negligencia del empleador en accidentes de trabajo **debe probarse**:

> "*Décimo: En el presente caso, se debe indicar que el actor pretende entre otros beneficios la indemnización por daños y perjuicios, que comprende el lucro cesante y el daño moral por haber sufrido un accidente de trabajo cuando realizaba sus labores como serenazgo de la emplazada, imputando a la demandada como culpa inexcusable, el haberle retirado todo tipo de ayuda*

> *para su rehabilitación. Al respecto, debemos señalar que la determinación de la responsabilidad contractual exige la concurrencia de cuatro presupuestos:* ***a****) conducta antijurídica,* ***b****) el daño,* ***c****) la relación de causalidad, y* ***d****) el factor de atribución. Previamente, debemos decir que si bien se trata de un proceso laboral, también lo es que al tratarse de un accidente de trabajo por responsabilidad contractual se está aplicando supletoriamente las normas del Código Civil, por lo que corresponde que el actor demuestre el daño sufrido y la negligencia de la demandada por el incumplimiento de sus obligaciones, conforme lo establece el artículo 1330° del Código Civil, probado estos hechos se podrá determinar el* quantum *indemnizatorio.* (…) *en ese sentido, se puede concluir que pese a haberse acreditado el accidente de trabajo no se puede imputar a la demandada una conducta antijurídica cuando ésta no ha sido probada* (…).

A través de este segundo pronunciamiento, la Segunda Sala sostiene que cuando ocurre un accidente de trabajo no se le podrá imputar al empleador una conducta antijurídica si **es que esta no ha sido probada**, es decir, el juzgador debe valorar como elemento de análisis del cumplimiento o no de las obligaciones en materia de seguridad y salud. Podemos resaltar que en éste pronunciamiento la Corte Suprema precisó que la responsabilidad contractual exige la concurrencia de cuatro presupuestos: i) conducta antijurídica, ii) el daño, ii) la relación de causalidad, y iv) el factor de atribución.

Estos pronunciamientos, evidentemente contrapuestos, llevaron a los magistrados supremos a decidir incorporar la discusión sobre la responsabilidad civil del empleador frente a accidentes de trabajo o enfermedades ocupacionales dentro de la agenda del Pleno. Lamentablemente, en nuestra opinión, el Pleno falla en su tarea de esclarecer el tema y, por el contrario, introduce elementos que únicamente abren nuevamente el debate, generando nuevas dudas a los operadores jurídicos.

b. Acuerdo del VI Pleno Laboral Jurisdiccional Laboral y Previsional 2017: ¿responsabilidad objetiva?

Ahora bien, el Acuerdo tomado por los magistrados supremos en el Pleno fue el siguiente:

> *"El empleador como garante de la seguridad y salud en el centro laboral siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador"*.

Esta declaración ha llevado a diversos operadores jurídicos a concluir que la Corte Suprema ha preferido dirigir el asunto discutido al régimen de la responsabilidad objetiva, por lo que se podría asumir que por la sola comprobación de la existencia del daño, el empleador tendría que responder automáticamente, dejándose de lado el análisis de los

elementos de la responsabilidad civil a los que hizo referencia la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema en su último pronunciamiento. En nuestra opinión, tal como lo explicaremos a continuación, luego de analizar detalladamente los fundamentos que dan lugar al Acuerdo tomado, así como la legislación vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo, creemos que existen suficientes elementos para sostener que la responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo es subjetiva, y que exige la demostración del incumplimiento del deber de prevención a fin de imputar la obligación de indemnizar el daño.

Como hemos visto, la legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo es clara al señalar que la responsabilidad del empleador y su obligación de indemnizar, se origina sólo cuando se demuestra el incumplimiento del deber de prevención, el que además, se encuentra compuesto por el cumplimiento del conjunto de normas de seguridad y salud en el trabajo; una lectura distinta contravendría el propio ordenamiento jurídico. Esta es la premisa de la que partimos para analizar la exposición que realizan los Jueces Supremos en el Pleno.

Si bien el Acuerdo final establece que el empleador - como garante de la seguridad y salud en el trabajo - siempre será responsable por cualquier evento dañoso, advertimos del análisis que realizan los Jueces, **una clara contradicción entre la decisión final y los fundamentos que habrían llevado a los magistrados supremos a concluir que el empleador responde siempre**. Nos explicamos, de la lectura del referido análisis verificamos que los jueces supremos sostienen que en materia de seguridad y salud en el trabajo no solo basta con el **cumplimiento objetivo de las normas**, sino que - además - **se exige a la empresa demostrar haberse comportado como un *empleador diligente*,** habiendo buscado reducir al mínimo posible cualquier afectación que pudiera sufrir el trabajador en su salud o vida. Así pues, en el supuesto en que nos encontráramos frente a un sistema de responsabilidad objetiva del empleador, resultaría inútil demostrar el cumplimiento de las obligaciones, o el deber de comportarse como un empleador diligente, dado que la sola existencia del evento dañoso ya habría configurado la obligación del empleador en indemnizar. Esta contradicción entre el Acuerdo finalmente tomado y el análisis previo adoptado se revela con mayor claridad en las siguiente citas:

- *"En otras palabras, no solo basta con el incumplimiento objetivo de las normas sobre seguridad y salud en el trabajo, sino que se exige un empleador diligente que busque reducir al mínimo posible cualquier afectación que pueda sufrir el trabajador".*

- *"En ese sentido no es posible en ninguna circunstancia que el empleador se sustraiga de sus obligaciones indemnizatorias a favor del trabajador o sus herederos si es que no cumplió con sus obligaciones sobre salud y seguridad en el trabajo y no se comportó como un empleador diligente (…)".*

- *"La responsabilidad en éstos casos es de responsabilidad civil contractual, pues hay un incumplimiento de las obligaciones de la relación laboral, que es brindar al trabajador condiciones adecuadas y un ambiente seguro para realizar sus labores".*

- *"(…) Así la antijuricidad es típica porque implica el incumplimiento de una obligación inherente al contrato de trabajo, como es el brindar al trabajador condiciones de higiene y seguridad que le permitan ejercer sus labores sin perjudicar su salud."*

- *"En el caso de factor de atribución, al estar dentro de la responsabilidad contractual, el factor de atribución es la culpa. (…) el trabajador puede invocar contra su empleador como factor de atribución el dolo o la culpa inexcusable, debiendo probar ello. En el caso que no pueda probarlo y el empleador no logre acreditar que actuó con la diligencia debida se aplicará la presunción del artículo 1329 del Código Civil, es decir la culpa leve, a fin de atribuir responsabilidad al empleador.*"

De las citas tomadas podemos concluir lo siguiente:

- Al empleador se le exige cumplir con todas sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como comportarse como un empleador diligente.

- El empleador, bajo ninguna circunstancia, podrá sustraerse de sus obligaciones indemnizatorias si es que no cumplió con sus obligaciones sobre seguridad y salud en el trabajo, y si no se comportó como un empleador diligente.

- La responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo es de responsabilidad civil contractual, que se materializa con el incumplimiento de las obligaciones de la relación laboral, tal como la de brindar al trabajador condiciones adecuadas y un ambiente seguro para realizar sus labores. Así pues, corresponderá aplicar de manera supletoria el criterio de imputación subjetiva contenido en los artículos 1314 y 1321 del Código Civil, que dispone que quien no cumple con la obligación contractual - como las normas de seguridad y salud en el trabajo, conforme lo ha establecido el propio Pleno - puede encontrarse en dos situaciones: (i) no ser imputable por la inejecución de la obligación siempre que haya acreditado la diligencia ordinaria; o (ii) quedar sujeto a una indemnización si es que la inejecución obedece a dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

Entonces, resulta evidente que no existe correspondencia alguna entre los fundamentos que dan lugar al Acuerdo, y el Acuerdo mismo, si es que la lectura escogida fuera la de establecer la responsabilidad del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo como una de responsabilidad objetiva.

Dicho esto, y teniendo en cuenta que la legislación vigente establece como requisito para indemnizar la verificación previa del incumplimiento de las obligaciones en la materia, podemos sostener que la responsabilidad civil del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo ha sido reconocida por el ordenamiento jurídico y por los jueces laborales como una de **responsabilidad subjetiva**, puesto que sostener lo contrario implicaría desconocer la voluntad del legislador, así como alejarse del análisis reconocido por los magistrados supremos.

c. Tendencia Judicial a la Objetivación: ¿responsabilidad cuasiobjetiva?

¿Qué podemos esperar en los próximos pronunciamientos sobre la materia? ¿Se inclinarán los Jueces Laborales por una postura subjetiva u objetiva de la responsabilidad?

Existe un hecho innegable: el elemento culpavilítistico no ha desaparecido, ni de la norma ni de la jurisprudencia, razón por la que incluso en el supuesto de que los próximos pronunciamientos se inclinen por objetivar la responsabilidad, la posibilidad de que el empleador pueda demostrar en juicio el cumplimiento de sus obligaciones, prevalecerá.

No obstante lo anterior, nos inclinamos por pensar que la tendencia judicial será la de objetivar la responsabilidad civil del empleador, convirtiendo el sistema en uno "cuasiobjetivo". Como lo señala reconocida doctrina, el proceso creciente de objetivación normativa y judicial ha ido relegando a un segundo plano la culpa, elevando a un primer plano el elemento del daño, como eje de la responsabilidad de modo que progresivamente se han ido imponiendo tendencias orientadas a la objetivación de la responsabilidad, esto es, aquella que **atiende más al reproche social de la conducta que al resultado prohibido**. Lo importante no será, ya, pues que exista o no una voluntad del sujeto de cumplir o no sus deberes, negligente o no, sino que se haya producido el resultado dañoso.[16]

Sin duda, la tendencia de objetivación nace junto con el deseo de los jueces en sancionar al empresario por el riesgo trasladado al trabajador, más que por la conducta negligente. En este punto, recordemos a la llamada "responsabilidad por riesgo" que sostiene que todo trabajo supone peligros, que incluso superan a las medidas de seguridad que pudieran adoptarse, debiendo la industria asumir la responsabilidad por los accidentes laborales que en ella se originen por ser inherentes a la actividad desarrollada, resultando irrelevante el tratar de demostrar la responsabilidad del patrono o del trabajador en el accidente sufrido. Según esta teoría, la responsabilidad por el accidente de trabajo es asumida por el empleador, cualquiera sea la causa, si el mismo se ha producido por el hecho o como consecuencia del trabajo.[17]

En nuestra opinión, este es el sustento que subyace a la tendencia de los Jueces Laborales, quienes - sin decirlo - exigen singulares niveles de diligencias, más allá de las de estricto cumplimiento normativo. Nada más explicativo que resuelto por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema en la Casación 3591-2016 Del Santa en la que se responsabiliza a una empresa pesquera por la muerte de un trabajador en altamar producto de un infarto absolutamente ajeno a las condiciones laborales, alegando que la empresa no habría cumplido con su deber de prevención.[18]

---

[16] MOLINA NAVARRETE, Cristobal. *Responsabilidad Civil por Accidentes de Trabajo.* En: Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales. Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 467

[17] MARTIN COLETO, Reyes. *La Responsabilidad en materia de Riesgos Laborales*. Tesis Doctoral, Universidad de Córdoba, 2017, pág. 111.

[18] El último párrafo del fundamento Octavo señala: *En el caso de autos, el causante se encontraba realizando las labores habituales de pesca en la embarcación pesquera, cumpliendo las órdenes impartidas por su empleador; por lo que en mérito al principio de prevención (Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29783) la empresa demandada tiene el deber de garantizar, en el centro de*

Nuestra tesis, es adoptada por reconocida doctrina[19], en los términos siguientes:

> "*Con ese punto de partida se llega a una especie de objetivación del elemento culpabilístico y a la exigencia de responsabilidad aún en el caso de que la conducta sea inicialmente lícita, siempre que tenga lugar "en actividades que encierran un evidente riesgo". (…) Nada de ello ha hecho desaparecer por completo el requisito de culpa en el causante, y desde luego no ha conducido a una responsabilidad objetiva a todo trance, pese a que no es infrecuente que la doctrina se exprese en esos términos.* ***Pero también es verdad que la utilización de estos criterios ha introducido variaciones importantes en la valoración y el alcance de la culpa; ha provocado una minorizacion del culpabilisimo originario****, ha significado una importante evolución hacia un sistema que sin hacer plena abstracción del factor moral o sociológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, y ha puesto de manifiesto una tendencia hacia el acercamiento a la responsabilidad por riesgo.*" (el resaltado es nuestro)

Luego de lo expuesto, podemos concluir que si bien nos encontramos frente a un sistema de prevención por culpa, este se encuentra significativamente objetivado: "responsabilidad cuasiobjetiva"

Una reflexión final. Insistir en objetivar la responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo o, peor aún, sostener que esta es objetiva, generaría indefectiblemente un desincentivo entre los empleadores en desplegar medidas de prevención a favor de la seguridad y salud de su personal. En efecto, si a los empleadores se les advierte que cualquier accidente resultará necesariamente en la obligación de indemnizar, entonces no habrá incentivos en invertir en medidas de prevención, puesto que habiéndolas implementado o no, siempre existirá la obligación de pagar indemnizaciones. Por el contrario, si al mismo empleador se le advierte que será capaz de eximirse de responsabilidad en caso demuestre el cumplimiento de su deber de prevención, éste sí desplegará todas las medidas necesarias para garantizar un ambiente libre de riesgos, y consecuentemente, demostrar su comportamiento diligente en juicio. En

---

trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, hecho que no ha sido demostrado por la codemandada; motivo por el que incurre en responsabilidad, por tanto, debe asumir las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia del accidente. Sin ningún sustento, y faltando al deber de motivación, la Sala concluye que la empresa es responsable por el infarto producido por un trabajador en altamar, cuando - además - se tiene que este trabajador no presenta antecedente alguno que hubiera podido llevar a la empresa a adoptar especiales medidas de prevención.

[19] GARCÍA MURCIA, Joaquín. Op. cit., p. 232

ese mismo sentido opina reconocida doctrina española[20] al sostener que la exigencia de la culpa no debería desaparecer del juicio de responsabilidad por daños a la salud de los trabajadores, en la medida en que incentiva al empleador en invertir en prevención, por cuanto la mejor forma de eximir su responsabilidad es respetando con rigor sus deberes preventivos. La objetivación produciría un efecto desmotivador en la política de prevención de riesgos laborales, porque si el empresario ha de responder civilmente siempre hasta resarcir el daño en su integridad, haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no solo a extremar la diligencia, sino tan siquiera a observar escrupulosamente la normativa en materia de prevención. [21]

IV. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL QUE DEBERÁ ANALIZAR EL JUEZ LABORAL

Habiendo establecido que la responsabilidad civil del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo debe ser entendida como una subjetiva, no solo por razones legales sino también a fin de fortalecer la cultura de prevención de riesgos laborales, en las siguientes líneas desarrollaremos, los elementos de la responsabilidad civil que deberá analizar el Juez, y a través de los que el empleador podrá demostrar el cumplimiento de su deber de prevención.

Al inicio del proceso, el Juez desconoce el contexto dentro del que se produjo el accidente de trabajo, o en el que el trabajador adquirió una enfermedad ocupacional. Así, tenemos que desconoce los riesgos propios de la actividad empresarial, las características físicas de los ambientes de trabajo, la complejidad de la labor específica, la diligencia o temeridad de la víctima, entre otros aspectos relevantes para dilucidar la controversia. A diferencia de lo que ocurre con un proceso laboral en el que se discutan beneficios sociales o despidos, en el proceso laboral de indemnización por daños derivados de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, el Juez - además de conocer y manejar con destreza las numerosas normas en materia de seguridad y salud en el trabajo, muchas de las cuales contienen asuntos técnicos alejados de lo estrictamente laboral - debe reconstruir con especial precisión y cuidado una historia compleja, en la que un solo elemento (o el análisis conjunto de todos ellos) puede determinar la existencia de responsabilidad o no del empleador.

Los elementos que deberá analizar el Juez, habiendo señalado que la responsabilidad civil del empleador en la materia es subjetiva, son los siguientes:

- **El daño:** "Todo detrimento o lesión que en sus bienes jurídicos sufre un sujeto de derecho por acción u omisión de un tercero, pudiendo incidir ese menoscabo en su esfera personal, patrimonial o ambas". La esfera personal está referida tanto al aspecto físico o mental del individuo como al entorno social dentro del cual se

[20] MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL. Op. cit., p. 468.
[21] GONZALES DÍAZ, FRANCISCO. *La responsabilidad civil del empresario en supuestos de accidente de trabajo y enfermedad profesional*. Olimpus, Urbino, 2011, pág 12.

interrelaciona; y la esfera patrimonial comprende los bienes materiales que conforman el patrimonio del sujeto afectado. Tratándose de responsabilidad contractual, el Código Civil regula los daños en la forma siguiente: Daño emergente, que es la real pérdida o empobrecimiento que en su patrimonio sufre el afectado con el daño. Dentro de este rubro encontramos a los gastos de atención médica, hospitalización, cirugía, medicinas, servicios de apoyo al diagnóstico, rehabilitación, entre otros. Lucro cesante, son los ingresos dejados de percibir por el trabajador como consecuencia de la incapacidad para el trabajo que le produjo el accidente laboral que lo afectó. Finalmente, daño moral, como aquel que afecta el aspecto sentimental o autoestima del dañado, es el llamado "dolor interno" por la lesión o sentimiento socialmente dignos y legítimos.[22]

Si bien por regla general la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien las contradice alegando nuevos hechos, las nuevas reglas del proceso laboral establecen ciertas cargas probatorias para cada una de las partes. Así, tenemos que el trabajador deberá acreditar el daño alegado, mientras que el empleador, el cumplimiento, extinción o inexigibilidad de las obligaciones legales y contractuales.[23]

Estas reglas aplicadas al proceso laboral en el que se discute la responsabilidad del empleador por daños producidos por un accidente o enfermedad laboral, se traducen en que (i) por un lado, el trabajador solo deberá acreditar el daño padecido, y (ii) por otro, que el empleador deberá acreditar el cumplimiento de sus obligaciones legales en materia de seguridad y salud en el trabajo, de modo tal que no sea imputable como responsable por los daños padecidos. En tal sentido, si el daño no se encuentra probado, y se presenta como una simple afirmación del trabajador (por ejemplo, sin prueba alguna, alega haber sufrido de un accidente incapacitante hace más de 5 años), no correspondería continuar con el análisis de responsabilidad. Por el contrario, en caso el trabajador - en el mismo ejemplo - acredite con dictámenes médicos el menoscabo en su salud como consecuencia

[22] Casación Laboral 4258-2016 Lima, 30 de enero de 2017.

[23] Artículo 23.- Carga de la prueba

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

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

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

a) La existencia de la fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal.

b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido.

c) La existencia del daño alegado.

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

a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad.

b) La existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado.

c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido.

de dicho accidente, corresponderá que el juzgador continúe su análisis, a fin de verificar si el empleador cumplió o no.

- **La Antijuricidad:** Está constituida por aquellas conductas que implican una violación del ordenamiento jurídico a través de hechos ilícitos, hechos abusivos o hechos excesivos. Tratándose de responsabilidad contractual la antijuridicidad siempre es típica, pues, implica el incumplimiento de obligaciones previamente determinadas (artículo 1321º del Código Civil). En el Derecho Laboral la antijuridicidad implica la violación del contrato de trabajo (verbal o escrito), el convenio colectivo y los reglamentos del empleador, todos los cuales deben estar elaborados teniendo como cláusulas de derecho mínimo necesario la ley[24]. Pues bien, es éste elemento el que deberá ser negado por el empleador, quien a través de medios probatorios suficientes tendrá la oportunidad de demostrar al Juez el cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo.

  Una vez iniciado el proceso judicial, antes de actuar los medios probatorios que demuestren el cumplimiento de las obligaciones, el empleador deberá identificar y delimitar frente al Juez las obligaciones a las que se encuentra sujeto según su actividad, e incluso, según su posición dentro de la relación contractual. Así, por ejemplo, en el caso de un accidente sufrido por un trabajador sub contratado que presta servicios a favor de una empresa dedicada a actividades hidroeléctricas, dicha empresa deberá demostrar, por un lado, que se encuentra sujeta a las obligaciones del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo con Electricidad, y a las Normas Técnicas de Seguridad en Construcción; y, por otro, que como empresa principal sólo se encuentra obligada a las disposiciones contenidas en el artículo 68 de la LSST25.

  Luego de dicha precisión, el empleador actuará los instrumentos de gestión de seguridad y salud en el trabajo a través de los que haya desplegado las medidas de prevención, los que deberán ser debidamente oralizados, explicando las características específicas del puesto de trabajo, de la labor ejecutada, del centro

[24] Casación precedente vinculante

[25] Artículo 68. Seguridad en las contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores
El empleador en cuyas instalaciones sus trabajadores desarrollen actividades conjuntamente con trabajadores de contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores, o quien asuma el contrato principal de la misma, es quien garantiza:
a) El diseño, la implementación y evaluación de un sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores, personas que prestan servicios, personal bajo modalidades formativas laborales, visitantes y usuarios que se encuentren en un mismo centro de labores.
b) El deber de prevención en seguridad y salud de los trabajadores de todo el personal que se encuentra en sus instalaciones.
c) La verificación de la contratación de los seguros de acuerdo a la normativa vigente efectuada por cada empleador durante la ejecución del trabajo. En caso de incumplimiento, la empresa principal es la responsable solidaria frente a los daños e indemnizaciones que pudieran generarse.
d) La vigilancia del cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo correspondiente del principal. En caso de incumplimiento, la empresa principal es la responsable solidaria frente a los daños e indemnizaciones que pudieran generarse.

de labores, entre otros aspectos relevantes para en entendimiento del Juez. Finalmente, creemos que - en atención a la tendencia de responsabilidad cuasiobjetiva - el empleador también debería demostrar en juicio su conducta de "empleador diligente", la que - como hemos visto - podría entenderse incluso por encima de las disposiciones normativas. Así pues, el empleador deberá demostrará también que el cumplimiento normativo vino acompañado con un seguimiento riguroso del sistema de gestión, (monitoreos periódicos, fiscalización de cumplimiento, entre otros), y un compromiso real y verificable con la cultura de prevención.

- **Nexo Causal:** Nexo entre la conducta antijurídica con el daño causado. La relación causal permite determinar cuáles son los hechos determinantes del daño. En el campo laboral la relación causal exige en primer lugar la existencia de vínculo laboral y en segundo lugar que el accidente de trabajo que causa daño se produzca como consecuencia de la ejecución del trabajo o con ocasión del mismo.[26]De acuerdo con el artículo 1321° del Código Civil dispone que el resarcimiento por la inejecución de la obligación corresponderá en cuanto el daño sea consecuencia directa e inmediata de tal inejecución.

  Por su parte, Goldenberg señala que, "*el damnificado que ejercita su pretensión accionable deberá acreditar necesariamente la conexión entre la conducta antijurídica del agente y el daño sufrido, de modo tal que aparezcan vinculados por una relación de causa a efecto*"[27]. Es decir, el nexo causal debe ser concebido como aquella vinculación existente entre el evento lesivo y el daño producido. Ahora bien, no basta establecer una relación de causa efecto entre ambos elementos para que pueda imputarse responsabilidad a un sujeto por un supuesto daño, sino que dicha relación, entre la supuesta conducta antijurídica y el supuesto daño, debe ser tal que nos permita sostener que sin la existencia del primero de estos elementos - aun cuando existan otros supuestos actos antijurídicos -, no se habría producido el daño alegado. Sobre este punto, el profesor Franzoni es enfático en señalar que la relación de causalidad "*no puede agotarse en una relación de tipo naturalista entre causa y consecuencias, sino se debe conducir y resolver, en los términos de un juicio idóneo a expresar la carga de los valores ínsita en la afirmación de responsabilidad*[28]".

  Así pues, no corresponderá resarcir un daño cuando este no sea consecuencia directa e inmediata del incumplimiento. Creemos que este elemento de análisis es especialmente relevante, puesto que en algunos casos el daño producido como consecuencia de un accidente de trabajo no tuvo como causa el incumplimiento de una obligación, nos remitimos nuevamente a la Casación 3591-2016 Del Santa en el que la muerte del trabajador a causa de un infarto poco o nada tuvo que ver con el incumplimiento de una obligación en materia de seguridad y salud en el trabajo.

---

[26] Casación precedente

[27] GOLDENBERG, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil.* Editorial Aestra, Buenos Aires, 1984.pp. 221-223.

[28] FRANZONI, Massimo. *La evaluación de la responsabilidad civil a través de sus funciones*. En: ius et veritas 18, pág. 73

Sin duda, creemos que el juez laboral deberá analizar con especial atención la conducta del propio afectado antes de establecer responsabilidad, puesto que - a pesar de que el empresario se encuentra en mejor posición de reparar un daño producido dentro de la relación de trabajo - creemos que sería absolutamente ilegal imputarle responsabilidad cuando éste diligentemente ha cumplido con sus obligaciones. A la vez que sentencias con ésta solo desincentiva no solo la iniciativa preventiva del empresario, sino que incluso el deseo del trabajador de capacitarse y actuar con diligencia, puesto que - haciéndolo o no - tendrá la certeza de que el empleador responderá por el daño padecido.

- **El factor de atribución:** Los factores de atribución son aquellas conductas que justifican la transmisión de los efectos económicos del daño de la víctima al responsable del mismo. Tratándose de responsabilidad contractual el factor de atribución lo constituye la culpa, la cual presenta tres grados de intensidad: el dolo, la culpa leve y la culpa inexcusable, los cuales se encuentran previstos en los artículos 1318º, 1319º y 1320º del Código Civil, donde se precisa lo siguiente: "Dolo Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación. Culpa inexcusable Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación. Culpa leve Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". El dolo debe entenderse en el sentido de la conciencia y voluntad del empleador de no cumplir las disposiciones contractuales sobre seguridad y salud en el trabajo. En cuanto a la culpa inexcusable, está referida a la negligencia. grave por la cual el empleador no cumple las obligaciones contractuales en materia de seguridad y salud en el trabajo. La culpa leve se presenta cuando no se llegase a probar el dolo o la culpa inexcusable y el empleador no logre acreditar que actuó con la diligencia debida, funcionará la presunción del artículo 1329º del Código Civil, considerándose que la inejecución de la obligación obedece a culpa leve y por ello deberá resarcir el daño pagando una indemnización. En consecuencia, el trabajador víctima de un accidente de trabajo puede invocar contra su empleador como factor de atribución, el dolo o la culpa.

  Sobre este punto, un breve comentario. Los jueces laborales regularmente omiten analizar este elemento, el que -a nuestro juicio- es relevante para la existencia de responsabilidad. Si bien los demandantes podrían desconocer su obligación de invocar y demostrar el factor de atribución (Artículo 1330 del Código Civil), creemos que los jueces deberían insistir en ello antes de admitir la demanda.

Luego de lo dicho, podemos concluir que el camino para determinar la responsabilidad del empleador es complejo y exige, por un lado, un intenso despliegue probatorio y, por otro, la voluntad de los jueces en alcanzar la verdad material. En efecto, existen - a nuestro juicio - dos problemas que afectan la imparcialidad del proceso laboral en el que se discute la responsabilidad civil del empleador en materia de seguridad y salud. Por un lado, un problema recurrente en los procesos laborales de ésta materia: el alarmante desconocimiento de los Jueces laborales de la legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo; por otro, su inclinación a sancionar al

empleador por el solo hecho de liderar una actividad riesgosa (tendencia a la responsabilidad por culpa).

V. CONCLUSIONES

El deber de prevención es el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo. Es decir, actividades o medidas adoptadas o previstas para eliminar, minimizar o disminuir las posibles consecuencias que sobre los trabajadores podrían ocasionar los diferentes riesgos. Si bien se trata de una obligación genérica, esta se concretiza a través de las distintas normas específicas dispuestas en la LSST, de manera transversal para todos los sectores económicos, así como en regulaciones específicas.

Creemos que la única lectura que debe dársele a lo expuesto por los Jueces Supremos respecto al deber de demostrar una conducta de "empleador diligente": es la siguiente: la jurisprudencia, sin negar el factor subjetivo de responsabilidad, se inclina por creer que la diligencia requerida para el cumplimiento del deber de prevención comprende no solo las previsiones y cuidados normativos, sino también todos los que la "prudencia" - **desde una mirada razonable y contextualizada -** exija para prevenir el daño. Es decir, el juzgador deberá - además de analizar el cumplimiento normativo - hacer un examen concienzudo del tiempo, lugar, condiciones, etc., que acompañaron cada evento, a fin de valorar si el empleador actuó de manera prudente, o "diligente". No obstante, insistimos en que la incorporación de este elemento de análisis debe ser observado con cuidado, puesto que podría - contrariamente a la finalidad de la prevención - generar desincentivos para desplegar medidas preventivas.

La responsabilidad del empleador y su obligación de indemnizar, conforme a lo dispuesto por el artículo 53 de la LSST y el artículo 94 del Reglamento de la LSST, se origina sólo cuando se demuestra el incumplimiento del deber de prevención. De lo anterior se desprende que el propio legislador ha establecido que la responsabilidad en indemnizar nacerá junto con el incumplimiento, razón por la que una lectura distinta contravendría el propio ordenamiento jurídico.

No existe correspondencia alguna entre los fundamentos que dan lugar al Acuerdo del Pleno, y el Acuerdo mismo, puesto que de la lectura del referido análisis se tiene que los jueces supremos sostienen que en materia de seguridad y salud en el trabajo no solo basta con el cumplimiento objetivo de las normas, sino que - además - se exige a la empresa demostrar haberse comportado como un *empleador diligente*. Así pues, en el supuesto que nos encontráramos frente a un sistema de responsabilidad objetiva del empleador, tal como parece sugerir el acuerdo, resultaría inútil demostrar el cumplimiento de las obligaciones, o el deber de comportarse como un empleador diligente, dado que la sola existencia del evento dañoso ya habría configurado la obligación del empleador en indemnizar

Luego de analizar detalladamente los fundamentos que dan lugar al acuerdo tomado por el Pleno, así como la legislación vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo, creemos que existen suficientes elementos para sostener que la responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo es subjetiva, y que exige comprobar en juicio el incumplimiento del deber de prevención a fin de imputar la obligación de indemnizar el daño.

Sin duda, la tendencia de objetivación nace junto con el deseo de los jueces en sancionar al empresario por el riesgo trasladado al trabajador, más que por la conducta negligente. En este punto, recordemos a la llamada "responsabilidad por riesgo" que sostiene que todo trabajo supone peligros, que incluso superan a las medidas de seguridad que pudieran adoptarse, debiendo la industria asumir la responsabilidad por los accidentes laborales que en ella se originen por ser inherentes a la actividad desarrollada. Si bien nos encontramos frente a un sistema de prevención por culpa, este se encuentra significativamente objetivado: "responsabilidad cuasiobjetiva"

Insistir en objetivar la responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo o, peor aún, sostener que esta es objetiva, generaría indefectiblemente un desincentivo entre los empleadores en desplegar medidas de prevención a favor de la seguridad y salud de su personal.

Las inconsistencias actuales sobre responsabilidad civil derivada de los asuntos de seguridad y salud en el trabajo no admite más dilaciones y requiere de una respuesta inmediata de modo que se gane eficacia protectora y preventiva.

La excesiva complejidad de la responsabilidad civil por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional y la extremada inestabilidad y discordancia de criterios jurisprudenciales, exigen una revisión profunda de su naturaleza y alcances. Si bien, creemos que algunos de sus principales problemas pueden corregirse en el plano interpretativo, es innegable la necesidad urgente de un pronunciamiento expreso por parte del legislador, sobre todo respecto del análisis del elemento subjetivo en su determinación. En efecto, ni por razones sociales o jurídicas, puede ser admisible que un sistema que nació para un momento determinado sea utilizado para resolver cuestiones de los tiempos en que vivimos.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPLEADOR POR ACCIDENTES DE TRABAJO EN EL PERÚ: REFLEXIONES PARA UNA IMPOSTERGABLE REFORMA

ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA[1]

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema de Justicia de la República (CSJR) ha señalado en algunos pronunciamientos y en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional publicado en el diario oficial "El Peruano" el día 21 de diciembre de 2017, que el empleador *"(…) siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o la seguridad del trabajador".* De esta manera, a nivel jurisprudencial, en materia de accidentes de trabajo se habría instaurado un régimen de responsabilidad objetiva del empleador, pues bastaría que se acredite la ocurrencia del siniestro para que éste sea automáticamente responsable por los daños sufridos por el trabajador. Por tanto, no se requiere demostrar la culpa o el dolo del empleador para la atribución de responsabilidad.

Bajo este régimen, cabría preguntarse si en los siguientes supuestos el empleador resultaría responsable y debería abonar una indemnización por daños y perjuicios al trabajador o a sus beneficiarios: (i) asalto a mano armada en el centro de trabajo que genera la muerte o lesiones graves en uno de los trabajadores; (ii) muerte o lesiones graves a un trabajador generadas de manera dolosa por parte de un compañero de trabajo; o, (iii) muerte o lesiones graves por grave negligencia del propio trabajador accidentado.

En este trabajo, pretendemos examinar los criterios fijados por la CSJR, a la luz del marco normativo local e internacional en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo

[1] Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado Senior de Rubio, Leguía, Normand.

(SST). A su vez, se realizará un análisis comparativo del esquema de responsabilidad civil establecido por la jurisprudencia con los sistemas vigentes en otros países de la región, en los Estados Unidos de América y con los previstos en diversos países de la Comunidad Europea. Luego, brindaremos algunas propuestas para reformar nuestro sistema vigente en materia de responsabilidad civil por accidentes de trabajo. Finalmente, expondremos nuestras conclusiones sobre las materias analizadas en este trabajo con las que aguardamos dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿todo accidente de trabajo genera la automática responsabilidad pecuniaria del empleador?

II. El sistema de responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo, según la jurisprudencia

Como hemos señalado en otro lugar[2], las obligaciones en materia de SST vienen establecidas por normas heterónomas y se incorporan automáticamente en todo contrato de trabajo. De ahí que surja su naturaleza contractual, sin perjuicio de que sean objeto de fiscalización por parte de las autoridades administrativas o judiciales. De esta manera, si el incumplimiento de una obligación en SST por parte del empleador genera un daño en el trabajador, aquel podría ser susceptible de que se le atribuya responsabilidad de naturaleza contractual. La relación entre el empleador y el trabajador ya viene previamente configurada por la existencia del contrato de trabajo, y no por la ocurrencia del daño, que es lo que sucede en el esquema de responsabilidad civil extracontractual.

Con la publicación de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley 29783 (LSST) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 005-2012-TR (RLSST), se estableció el deber general de prevención del empleador y se precisaron las obligaciones específicas que aquel debía observar para tutelar la seguridad y salud de los trabajadores. En materia de responsabilidad, en el artículo 53º de la LSST se estableció lo siguiente:

> *"Art. 53º.- El incumplimiento del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. (…)".*

A partir de esta disposición, la CSJR, en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, ha considerado que el empleador siempre será responsable por cualquier daño o evento dañoso para la vida y seguridad del trabajador. Este criterio—estimamos—se origina en la doctrina jurisprudencial, establecida con carácter vinculante, fijada en la Casación Laboral Nº 4258-2016-LIMA, en la que se definió que la interpretación correcta del citado artículo implica que acreditada la existencia del daño sufrido por el trabajador a causa de un accidente de trabajo, deberá atribuirse el daño al incumplimiento del deber de prevención del empleador y, por ende, se genera la

[2] COSSIO PERALTA, André Jorge. *"El Derecho a la Intimidad en la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores".* Lima, Jurista Editores, 2018, pág. 84.

obligación de pagar una indemnización al trabajador o a sus derechohabientes, la cual tendrá que ser fijada por el juez[3].

A partir de este criterio, consideramos que se habría instaurado –implícitamente— una especie de presunción *iure et de iure*[4], toda vez que la acreditación de un daño sufrido por un trabajador en un accidente de trabajo determinará que, en automático, se presuma que este se produjo por el incumplimiento del deber de prevención del empleador, sin haberse otorgado margen alguno para que éste acredite lo contrario. Así, el empleador siempre será responsable por el evento dañoso sufrido por el trabajador, coincidiendo este criterio con el primer acuerdo adoptado en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional.

La jurisprudencia habría—sigilosamente—instaurado en nuestro país un sistema de responsabilidad objetiva en materia de accidentes de trabajo. Este sistema, como se encuentra regulado en el artículo 1970º del Código Civil, no requiere que se acredite que el autor del daño haya actuado con dolo o con culpa (factor de atribución), para que tenga la obligación de reparar el mismo. De ahí que, como la relación de trabajo *per se* conlleva o implica determinados riesgos para el trabajador, el empleador, en cualquier circunstancia, tendrá que ser responsable por el daño que sufra el trabajador a causa del cumplimiento de sus funciones.

Ejemplos de la aplicación de este criterio los encontramos en las Casaciones Laborales Nos. 12060-2015-LA LIBERTAD y 3591-2016-DEL SANTA. En la primera, se confirmó el pago de una indemnización por daños y perjuicios a un auxiliar de reparto de bebidas que, en el cumplimiento de sus actividades a bordo del vehículo de propiedad de su empleador, fue víctima de un asalto a mano armada, en el que recibió un impacto de bala en su pierna derecha produciéndole una invalidez de carácter permanente[5]. En el segundo caso, se calificó como accidente de trabajo y se ordenó el pago de una pensión de sobrevivencia a los derechohabientes de un trabajador que falleció producto de un infarto agudo de miocardio, el cual se produjo cuando cumplía labores de pesca, a pesar de que el certificado de defunción del trabajador confirmó que la muerte se debió a circunstancias naturales y no por las labores desempeñadas[6].

A partir de estos pronunciamientos, se advierte una tendencia a considerar que la ocurrencia de un accidente de trabajo determina la inmediata obligación del empleador de indemnizar, al suponerse que el accidente se produjo por el incumplimiento del deber de prevención. No obstante, hemos ubicado algunos pronunciamientos de la propia CSJR en la que se establecen matices a este criterio.

---

[3] Considerando noveno de la Casación Laboral 4258-2016-Lima.
[4] Presunción que no admite prueba en contrario.
[5] Cabe destacar que el demandante ejecutaba sus funciones en compañía de un agente de seguridad contratado por la empresa.
[6] La Corte Suprema consideró que el evento calificaba como accidente de trabajo, puesto que en la historia clínica del trabajador no presentaba antecedentes de padecer problemas cardiacos.

Por un lado, en la Casación Laboral Nº 18190-2016-LIMA, si bien se estableció que un agente de serenazgo había sufrido diversos daños a consecuencia de un accidente de trabajo, no se determinó responsabilidad del empleador al no haberse acreditado que este haya incurrido en una negligencia[7]. De otro lado, en la Casación Laboral Nº 15202-2017-LIMA, se ha señalado que en los casos de accidentes de trabajo debe analizarse el nexo de causalidad entre el incumplimiento de una obligación legal o convencional en materia de SST que origina el daño sufrido por el trabajador y *"(…) las labores desarrolladas habitualmente en el centro de trabajo (…)"*[8].

No obstante, estos dos últimos pronunciamientos comentados no han sido expedidos con carácter de precedente vinculante ni de doctrina jurisprudencial. Por tanto, el criterio predominante a nivel de la CSJR es el que atribuye la inmediata responsabilidad al empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, por cualquier evento o circunstancia que produzca un daño para la vida o salud del trabajador.

Detrás de criterio, creemos que subyace la idea de entender al deber de prevención del empleador como una obligación de resultados[9], toda vez que la sola ocurrencia de un accidente de trabajo ya presupone el incumplimiento de dicho deber. De lo contrario, no podría afirmarse que el empleador siempre será responsable por la ocurrencia de un daño a la vida o la salud del trabajador que se genere en el centro de trabajo.

En efecto, si en nuestro ordenamiento jurídico el deber de prevención está concebido como una obligación de resultados, entonces el sistema de responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo será de naturaleza objetiva. Estimamos que este no es el esquema previsto por la LSST y su reglamento, además de no ser conforme a lo previsto en la legislación internacional sobre la materia.

III. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPLEADOR POR ACCIDENTES DE TRABAJO, SEGÚN LA NORMATIVA LOCAL E INTERNACIONAL EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

III.1. El deber de prevención del empleador como obligación de medios: el estándar del empleador razonable

[7] Ver considerando décimo. Es importante precisar que esta casación fue emitida el 6 de febrero de 2017, vale decir, con posterioridad a la Casación Laboral Nº 4258-2016-LIMA (emitida el 30/09/2016 y publicada en el diario oficial "El Peruano" el 30/01/2017) y con anterioridad a los acuerdos adoptados en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional (publicado en el diario oficial "El Peruano" el 21/12/2017).

[8] Ver literal e) del considerando séptimo. Esta casación fue publicada en el diario oficial "El Peruano" el día 30 de julio de 2018.

[9] La profesora SALCEDO BELTRÁN comenta que un sector de la doctrina española (Aparicio Tovar, Gonzáles Ortega, Sempere Navarro, Cardona Rubert, entre otros) consideran que el deber de prevención es una obligación de resultados, pues la protección eficaz al trabajador se consigue evitando el daño y no solamente realizando la labor preventiva. Ver: SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen. *"El Deber de Prevención Empresarial de la Seguridad y Salud de los Trabajadores".* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pág.27.

Como hemos señalado en otro lugar[10], el deber de prevención del empleador es una obligación de medios, puesto que se exige que este actúe con la mayor diligencia posible para cautelar la seguridad y salud de los trabajadores y de todos aquellos que se encuentren dentro del centro de trabajo. Categorizar este deber como una obligación de medios incidirá directamente en el esquema de responsabilidad aplicable en materia de accidentes de trabajo, pues el empleador sólo podría ser responsable por los daños que se genere al trabajador por el incumplimiento negligente de una obligación de SST.

En nuestro país, la configuración de esta obligación queda reflejada a partir de lo previsto tanto en el artículo 11º de la Decisión Nº 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones, como en lo establecido en el inciso c) del artículo 49º de la LSST[11]. En este trabajo debemos acotar que si bien en el inciso a) del artículo 21º de la LSST, se prevé que las medidas de prevención y protección dentro del Sistema de Gestión de Seguridad en el Trabajo deben estar dirigidas a eliminar los peligros y riesgos desde su origen, ello no puede ser entendido como una obligación del empleador de eliminar absolutamente todos y cada uno de los riesgos existentes en el centro de trabajo. En efecto, en el referido artículo 21º de la LSST sólo se ha establecido el orden de prioridad de las acciones que se deben adoptar, siendo la eliminación de los peligros la primera y, si ello no fuera posible, en tercer orden de prioridad se deberán minimizar los peligros y riesgos[12].

La eliminación absoluta de todos los riesgos y peligros asociados al trabajo resulta una tarea compleja y de casi nula o imposible realización. Creemos que así ha sido entendido a nivel internacional. Por ejemplo, en el inciso 2º del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo—el cual no ha sido ratificado por el Perú—se estableció que toda política nacional en materia de SST debe tener por objeto la prevención de accidentes y daños a la salud que sean producto del trabajo *"(…) reduciendo al mínimo, en la medida que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo".*

De modo similar, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia recaída en el Asunto C-127/05 iniciado por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, estimó que circunscribir la obligación de los empresarios de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a los límites de lo razonablemente posible, no constituía una infracción a la normativa comunitaria en materia de SST[13].

---

[10] COSSIO PERALTA, André Jorge. Op. Cit., págs. 87 -91.
[11] Ibídem.
[12] Inciso c) del artículo 21º de la LSST.
[13] En este caso, la Comisión de las Comunidades Europeas cuestionaba que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte habían vulnerado la Directiva 89/391/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores, al circunscribir la obligación de los empresarios de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo solo "en la medida en sea razonablemente viable".

La normativa internacional incorpora un estándar de razonabilidad y factibilidad, debido a que se reconoce que no necesariamente se podrán eliminar todos los riesgos asociados al trabajo. En efecto, imponer al empleador una obligación que implique la eliminación absoluta de todos los riesgos asociados al trabajo, de modo que no se produzca algún accidente, implicaría configurar el deber de prevención como una obligación de remoto o imposible cumplimiento[14]. En este orden de ideas, PARSONS indica que ningún país podría aspirar a alcanzar niveles de cero accidentes, puesto que, por un lado, la seguridad es costosa y establecer estándares de absoluta seguridad sería prohibitivo; y, de otro lado, para que ello sea factible, un estado debería desindustrializarse, lo que conllevaría a reducir la calidad de vida de la población[15].

El deber de prevención del empleador, entonces, en nuestro país está configurado como una obligación de medios y ello resulta conforme a la normativa internacional. De ahí que, la atribución de responsabilidad del empleador por la ocurrencia de accidentes de trabajo estaría sujeta a que se acredite que éste incumplió de forma negligente una obligación de SST.

III.2. La responsabilidad subjetiva del empleador por accidentes de trabajo: la relación causal y el factor de atribución

En la Casación Laboral Nº 4258-2016-LIMA se estableció como doctrina jurisprudencial cuál era la interpretación correcta del artículo 53º de la LSST y en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional se acordó que el empleador, como garante de seguridad en el centro de trabajo, siempre será responsable por cualquier evento o circunstancia que genere un daño a la vida o salud del trabajador. De forma indirecta, este criterio incorpora un mecanismo de responsabilidad objetiva del empleador ante la ocurrencia de un accidente de trabajo.

Sin embargo, para establecer este criterio no se habría tenido en cuenta lo previsto en el artículo 94º del RLSST, en el que se estableció expresamente que:

> *"(…) para la imputación de responsabilidad al empleador por incumplimiento de su deber de prevención [se] requiere que se acredite que la causa determinante del daño es consecuencia directa de la labor desempeñada por el trabajador **y** del incumplimiento por parte del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo"* (Énfasis añadido).

[14] BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. *"La Culpa de la Víctima en los Accidentes de Trabajo: Dogmática y Jurisprudencia Chilenas".* En: RODRÍGUEZ PINTO, María y Francisca BARRIENTOS CAMUS (ed.). *Responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*. *Tendencias Actuales.* Cuadernos de Extensión Jurídica (20). Santiago: Universidad de los Andes, 2011, pág. 157.

[15] PARSONS, Christopher. *"Liability Rules, Compensation Systems and Safety at Work in Europe".* En: *The Geneva Papers on Risk and Insurance*. Oxford: Blackwell Publishers, Volumen 27, No. 3, Julio 2012, pág. 372.

A partir de esta disposición, analizaremos la relación causal y el factor de atribución necesarios para la imputación de responsabilidad civil del empleador ante la ocurrencia de un accidente de trabajo:

a) La estricta relación causal

El RLSST incorpora un elemento importante para la imputación de responsabilidad del empleador: la causalidad determinante o causa próxima. En otras palabras, no bastará que se acredite el daño sufrido por el trabajador, sino que además deberá demostrarse que es consecuencia directa de: (i) las labores desempeñadas por el trabajador; y, (ii) el incumplimiento de una obligación de SST. En el supuesto de hecho contenido el artículo 94º del RLSST se ha incluido la conjunción "**y**", por lo que (i) y (ii) son requisitos copulativos, de modo tal que la inexistencia de alguno de estos determinaría la exoneración de responsabilidad del empleador.

Al encontrarnos en el marco de una relación de trabajo, se aplica el esquema de responsabilidad contractual previsto en el artículo 1321º del Código Civil, el cual se rige bajo la teoría de la causa próxima, debido a que el resarcimiento de los daños sólo se producirá cuando estos sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de una obligación contractual. Esta teoría prevé un requisito de temporalidad, en virtud del cual será causa del daño aquel hecho más cercano o próximo a su realización[16].

Sin embargo, estimamos que nuestro sistema de responsabilidad por accidentes de trabajo no solo exige que se verifique el incumplimiento de una obligación contractual por parte del empleador, sino que además requiere que las funciones ejecutadas por el trabajador y, a su vez, el incumplimiento de una determinada obligación de SST **deban** ser las razones que ocasionaron el accidente. Esta relación causal se verificaría, por ejemplo, en el caso de un operario de un aserradero que sufre la amputación de varios dedos de la mano (daño), por manipular una máquina cortadora (realización de labores), sin haber contado con la debida capacitación por parte de su empleador (incumplimiento de la obligación de formación para el trabajo).

Desde un análisis normativo, consideramos que el diseño de nuestro sistema de responsabilidad por accidentes de trabajo incorpora una relación causal más estricta, incluso que la prevista en el artículo 1321º del Código Civil. Más aún, si para la imputación de responsabilidad extracontractual nuestro ordenamiento exige la verificación de una causalidad adecuada[17], vale decir, que se identifique como causa del daño aquella que regularmente hubiese generado dicho tipo de daño en

[16] BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto. *"Estudios de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil".* En: Derecho & Sociedad. Revista Editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad, Nº 23, 2004, pág. 261.
[17] Artículo 1985º del Código Civil.

particular[18]; con mayor razón—lo que corresponde a un argumento *a fortiori*—el sistema de responsabilidad por accidentes de trabajo no puede incorporar una relación causal que se sustente en una simple *causa sine qua non*.

Empero, advertimos que en las Casaciones Laborales Nos. 12060-2015-LA LIBERTAD y 3591-2016-DEL SANTA que han sido comentadas líneas arriba[19], de forma implícita, se ha recurrido a la *causa sine qua non* para la atribución de responsabilidad. En la primera, bastó con verificarse que el asalto al auxiliar de reparto se produjo durante su horario de trabajo y en cumplimiento de sus labores; y, en la segunda, que el trabajador sufrió un infarto agudo de mientras realizaba sus labores de pesca. En estos dos casos no se utilizó la estricta relación causal que prevé nuestro sistema de responsabilidad pecuniaria por accidentes de trabajo.

b) El factor de atribución

Para este elemento, la LSST ni su reglamento han establecido alguna regla en particular. Por tanto, resulta de plena aplicación lo dispuesto en el artículo 1321º del Código Civil. El empleador responderá por el incumplimiento de sus obligaciones en SST, ya sea que haya actuado con dolo (con la intención deliberada de causar un daño)[20], culpa inexcusable (por negligencia grave)[21] o por culpa leve (negligencia ordinaria)[22].

No obstante, y como veremos a continuación, en diversos países de Sudamérica la posibilidad de demandar al empleador por daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo se limita a los supuestos de dolo o culpa inexcusable. Similar situación se verifica en algunos estados de los Estados Unidos de América y en los países miembros de la Comunidad Europea.

IV. LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPLEADOR POR ACCIDENTES DE TRABAJO EN EL DERECHO COMPARADO

Frente a la ocurrencia de un accidente de trabajo, en los modelos que examinaremos a continuación se estructura, regularmente, un sistema dual. Así, por un lado, se otorgan prestaciones en salud y económicas a través de un régimen de seguridad social o seguro obligatorio administrado por una entidad estatal; y, de otro lado, un régimen de responsabilidad civil del empleador para el resarcimiento de otro tipo de daños, al cual podrá recurrir el trabajador o sus derechohabientes bajo las reglas del

[18] BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *"Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales".* Segunda edición corregida y aumentada, Lima: Palestra Editores, 2006, pág. 729.
[19] Ver punto 1 del presente trabajo.
[20] Artículo 1318º del Código Civil.
[21] Artículo 1319º del Código Civil.
[22] Artículo 1320º del Código Civil.

derecho común. No obstante, esta última opción suele ser reservada para supuestos excepcionales e, incluso, en algunos países no está permitida.

IV.1. Los modelos sudamericanos: la experiencia chilena, argentina, uruguaya y colombiana.

a) Chile

Mediante la Ley 16.744 de 1968, Ley sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, se instauró un sistema de seguridad social y de responsabilidad civil para la reparación integral del daño sufrido por el trabajador[23]. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, relata que el sistema de seguridad social se estructura sobre la base de un seguro obligatorio contra los riesgos del trabajo y enfermedades profesionales, en el que se otorgan pensiones e indemnizaciones dependiendo de la gravedad de la invalidez del trabajador[24].

Asimismo, la referida ley permite al trabajador o sus derechohabientes recurrir al sistema de responsabilidad civil para reclamar otras indemnizaciones, incluyendo el daño moral, al empleador o demás personas responsables del accidente, conforme a las reglas del derecho común, esto es, en caso hayan actuado con dolo o culpa[25]. DOMÍNGUEZ ÁGUILA comenta que, a nivel jurisprudencial, el estándar de culpa es el de culpa levísima, por lo que la sola diligencia del empleador o cumplimiento de las obligaciones en SST no permitirán que quede exonerado de responsabilidad[26]. Sólo podrá obtenerse dicha exoneración si el empleador logra demostrar la culpa de la víctima, siendo total si esta es la única y exclusiva causa; o, parcial, si concurre con otras causas[27].

Este esquema generó un crecimiento de los procesos judiciales contra los empleadores por el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por lo que los empleadores han optado por incorporar en sus contratos de seguros una cláusula adicional de responsabilidad civil patronal[28]. Esta cláusula otorga cobertura indemnizatoria

[23] DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. *"Los Accidentes del Trabajo. Historia y Visión General de su Régimen Actual".* En: RODRÍGUEZ PINTO, María y Francisca BARRIENTOS CAMUS (ed.). *Responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*. *Tendencias Actuales.* Cuadernos de Extensión Jurídica (20). Santiago: Universidad de los Andes, 2011, pág. 28.
[24] Ídem, pág. 29.
[25] Ídem, pág. 30.
[26] Ídem, pág. 32.
[27] Ídem, pág. 33.
[28] NASSER OLEA, Marcelo. *"El Seguro de Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Ocurridos a sus Trabajadores a Causa de un Accidente de Trabajo: La Cláusula de Responsabilidad Civil Patronal".* En: RODRÍGUEZ PINTO, María y Francisca BARRIENTOS CAMUS (ed.). *Responsabilidad civil del empresario por accidentes del trabajo y enfermedades*

contra la responsabilidad civil del empleador derivada de un accidente de trabajo, pero exige que: (i) efectivamente se trate de un accidente de trabajo; y, (ii) exista sentencia judicial firme en la que se haya acreditado la culpa del empleador[29]. La cobertura incluye los gastos de los honorarios profesionales de los abogados que asuman la defensa del empleador en el respectivo proceso judicial[30].

b) Uruguay

MANGARELLI, recuerda que, en su país, ante las diversas dificultades que representaba la determinación de las causas de los accidentes de trabajo, se construyó un nuevo concepto de responsabilidad diferente al tradicional del derecho civil, a fin de que quedaran cubiertos todos los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, salvo aquellos que son provocados dolosamente por el trabajador[31]. Por esta razón, se instituyó un concepto de responsabilidad objetiva del empleador que no requiere la demostración de culpa, pero ello vino de la mano con la implementación de un sistema de seguro obligatorio que garantice a los trabajadores la cobertura contra los riesgos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales[32].

De esta manera, a través de la Ley 16.074 del 10 de octubre de 1989, se establece que el empleador es el único responsable frente a los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pero descarga dicha responsabilidad mediante la contratación del seguro obligatorio[33] a cargo del Banco de Seguros del Estado[34]. La indemnización que otorga este seguro es tarifada, y para MANGARELLI, no cabría lugar a señalar que esta es menor a la que se otorga en el ámbito civil, puesto que el régimen de responsabilidad de accidentes de trabajo es particular y otorga a cobertura a situaciones que no tendrían reparación alguna en sede civil[35].

El empleador quedará indemne contra cualquier accidente de trabajo, siempre que haya contratado el seguro obligatorio, salvo que el trabajador logre demostrar que aquel incumplió sus obligaciones en materia SST mediando dolo o culpa grave[36]. En la República Oriental del Uruguay, se exige, pues, un estándar de culpa grave que es la grosera o inexcusable—y no culpa leve—en el incumplimiento de una

---

profesionales. *Tendencias Actuales.* Cuadernos de Extensión Jurídica (20). Santiago: Universidad de los Andes, 2011, pág. 186.

[29] Ídem, pág. 187.

[30] Ídem, pág. 184.

[31] MANGARELLI, Cristina. *"Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales".* En: Revista de la Facultad de Derecho. Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad de la República – Uruguay, Núm. 31, julio – diciembre 2011, pág. 204.

[32] Ibídem.

[33] PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. *"Responsabilidad en la Prevención de Accidentes de Trabajo".* En: Revista de Derecho. Montevideo: Universidad de Montevideo, Año XIII, No. 25, 2014, pág. 165.

[34] MANGARELLI, Cristina. Op. Cit. pág. 205.

[35] Ibídem.

[36] PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. Loc. Cit.

obligación de SST, la cual, según la jurisprudencia de dicho país, consiste en la omisión de cuidados o diligencias elementales[37].

c) Argentina

La evolución del sistema argentino de administración de riesgos de trabajo resulta interesante, pues permite advertir los problemas que un sistema netamente de responsabilidad objetiva o de apertura a los reclamos de indemnizaciones en la sede civil puede generar en las relaciones de trabajo.

GALIANI sostiene que el régimen pasó de un modelo de reparación erigido sobre la base de la responsabilidad individual y objetiva del empleador vigente con la Ley 9.688, el cual derivó en excesos de reclamos de los trabajadores, construyéndose una industria litigiosa, pues solo bastaba demostrar los daños se generaron por una enfermedad profesional o accidente de trabajo[38]. Las altas tasas de litigiosidad generaron un desborde de gran magnitud que motivó a que las compañías de seguros se retiraran del mercado en 1990[39].

En el año 1995 se publicó la Ley 24.577, Sobre Riesgos de Trabajo, la cual creó las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo e introdujo la prohibición de iniciar procesos judiciales por indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo y enfermedades profesionales[40]. GALIANI acota que hasta el año 2004 el sistema permitió que se reduzca la litigiosidad, pero a través de diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se reabrió la posibilidad acudir a la vía civil[41].

Nuevamente, se incrementó la litigiosidad, toda vez que los trabajadores solicitan simultáneamente las prestaciones de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo y las indemnizaciones en la vía civil, llegando a acumular un total de 325000 juicios en todo el país[42]. Por esta razón, en el mes de marzo de 2017 se publicó la Ley 27.348, Complementaria de la Ley de Riesgos de Trabajo, con el objetivo de reducir la excesiva litigiosidad, estableciéndose una vía administrativa previa y obligatoria del trabajador ante las Comisiones Médicas Jurisdiccionales para la determinación de su incapacidad y de las prestaciones correspondientes[43].

A su vez, en el ámbito de la responsabilidad civil, la Ley 27.348 estableció que sólo podrían iniciarse procesos sustentados en este y otros tipos de responsabilidad,

---

[37] MANGARELLI, Cristina. Op. Cit. pág. 206 – 208.
[38] GALIANI, Sebastián. *"El Sistema de Riesgo de Trabajo en Argentina".* 19 de junio de 2017. En: http://focoeconomico.org/2017/06/19/el-sistema-de-riesgo-de-trabajo-en-argentina/ 30/09/18, 11:24 hrs.
[39] Ibídem.
[40] Ibídem.
[41] Ibídem.
[42] Ibídem.
[43] Ibídem.

cuando se haya agotado la vía administrativa mediante la resolución de la respectiva comisión médica jurisdiccional[44].

d) Colombia

En este país, por un lado, existe el Sistema de Riesgos Profesionales creado mediante la Ley 100 de 1993, el cual luego fue desarrollado por el Decreto Ley 1295, que otorga prestaciones de seguridad social frente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. De otro lado, el Sistema de Responsabilidad Civil frente a la ocurrencia de daños derivados de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, previsto en el artículo 216º del Código Sustantivo del Trabajo que habilita esta posibilidad cuando exista culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del siniestro.

Sobre este sistema de responsabilidad civil, MORENO SÁNCHEZ, refiere que la Corte Suprema de Justicia de dicho país ha establecido que el éxito de la pretensión indemnizatoria está condicionado a que se pruebe la culpa del empresario en la producción del daño; que la culpa no esté sujeta a presunción alguna; y, que se observen las reglas generales de la responsabilidad civil[45].

IV.2. Los modelos europeos

PARSONS ha analizado los sistemas vigentes en materia de responsabilidad y compensaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo en diversos países de la comunidad europea, habiendo identificado que estos cuentan con: (i) responsabilidad exclusiva de los empleadores frente a accidentes de trabajo; (ii) reparación exclusiva a través del sistema de seguridad social; o, (iii) sistemas mixtos en los que convive el sistema de responsabilidad del empleador [*employers' liability*] y el sistema de seguridad social [*workers' compensation*][46].

Los sistemas de seguridad social están estructurados sobre la base de seguros obligatorios que no requieren que el trabajador pruebe la culpa o negligencia del empleador, o, incluso, su propia culpa, salvo en los casos de lesiones autoinfligidas, pero que no otorgan una reparación integral frente al daño sufrido[47]. En países como Alemania, Francia, Austria y Suiza, entre otros, se optado por este sistema como el único medio de

[44] El artículo 15 de la Ley 27.348 sustituyó el artículo 4º de la Ley 26.733, ley que estableció en la República Argentina el ordenamiento de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. El original artículo 4º de la Ley 26.733 prohibía la acumulación de las indemnizaciones previstas por la Ley de Riesgos de Trabajo y las que pudieran corresponder bajo otros sistemas de responsabilidad.

[45] MORENO SÁNCHEZ, Luis Fernando. *"Reglas de la responsabilidad objetiva y subjetiva en el accidente de trabajo y la enfermedad profesional desde la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia".* Trabajo presentado como requisito para optar al título de Magíster en Derecho con Profundización en Laboral y Seguridad Social. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2014, págs. 13 - 17.

[46] PARSONS, Christopher. Op. cit., pág. 363.

[47] Ídem, pág. 362.

reparación frente a los accidentes de trabajo, puesto que la conflictividad de un sistema de responsabilidad civil por daños resulta potencialmente dañina para las relaciones industriales[48].

En estos países se ha abolido el derecho de los trabajadores a acudir a la vía judicial ordinaria para reclamar los daños y perjuicios contra su empleador; sin embargo, esta restricción se ve compensada con la posibilidad de acceder a los beneficios que otorga el sistema de protección contra accidentes de trabajo, el cual no requiere demostración de culpa[49].

En los países que cuentan con sistemas mixtos, es baja la tasa de reclamos judiciales por responsabilidad civil por daños derivados de accidentes de trabajo, ya sea porque: (i) los beneficios del sistema de seguridad social son generosos [caso holandés]; (ii) se requiere probar más allá que la ordinaria negligencia del empleador [casos de Alemania, Francia y Suiza]; (iii) reducido a específicos accidentes de trabajo [caso alemán]; o, (iv) reclamos contra los empleadores para recuperar las prestaciones otorgadas por los sistemas de seguridad social[50].

En el caso del Reino Unido opera este esquema mixto. Sin embargo, la responsabilidad civil del empleador se encuentra circunscrita a los siguientes supuestos: (i) incumplimiento de una obligación de uno de sus trabajadores mientras desarrollaba las labores encomendadas por el empleador, esto es, responsabilidad vicaria; (ii) incumplimiento de obligaciones primarias establecidas por el derecho común, como contar con personal competente, implementar un sistema de trabajo seguro; y, (iii) incumplimiento de expresas obligaciones en materia de SST establecidas por el Parlamento[51].

Más aún, en el Reino Unido para definir los siniestros que se producen en el desarrollo del trabajo se ha precisado que deben ser aquellos que sean expresa o implícitamente ordenados por el empleador, o que sean razonablemente incidentales la ejecución de las labores[52]. Si bien es cierto, en el Reino Unido existen obligaciones que están sujetas a responsabilidad objetiva, también hay otras que resultan condicionadas a lo que razonablemente puede cumplir el empleador (*"as far is reasonably practible"*)[53]. De este modo, por ejemplo, el empleador puede quedar exonerado de responsabilidad, a pesar de haber incumplido con un mandato imperativo de las normas de SST, pero que, incluso si lo hubiera observado, el accidente de todas maneras hubiera ocurrido[54].

---

[48] Ídem, pág. 364.
[49] Ibídem.
[50] Ídem, pág. 365.
[51] LEWIS, Richard Kurt. *"Employers' liability and workers' compensation: England and Wales".* In: Oliphant, Ken and Wagner, Gerhard eds. *Employers' Liability and Workers' Compensation*, Tort and Insurance Law, vol. 31. Berlin: De Gruyter, 2012, pág. 174.
[52] Ídem, pág. 177.
[53] Ídem, pág. 178.
[54] Ibídem.

IV.3. Los modelos en los Estados Unidos de América (EUA)

En la mayoría de estados de los EUA no se permite a los trabajadores acceder a una reparación adicional a las que otorga el sistema de seguridad social, siendo, por tanto, la única reparación frente a la negligencia del empleador[55]. Sin embargo, en otros estados, sí se ha admitido esta posibilidad cuando el empleador intencionalmente incumple una medida de SST y conscientemente pone en peligro la vida o la salud de su trabajador[56].

En estados como Montana, Arizona, California, entre otros, el incumplimiento de una obligación de SST por parte del empleador no representa un daño intencional, por lo que la reparación que ofrece el sistema de seguridad social es la única reparación frente al daño sufrido, salvo que se demuestre que aquel intencionalmente generó el mismo *(truly intented the injury as well as the act)*[57]. De este modo, se exige demostrar que el empleador, de manera maliciosa e intencional, causó un daño y que estos daños han sido generados por dicha conducta[58].

En otros estados, como en Virginia Occidental, Ohio y Michigan, se ha reconocido la dificultad de probar la intencionalidad del empleador, por lo que se ha instaurado la doctrina de la certeza sustancial (*"substantially certain")*[59]. De este modo, si el empleador incumple determinadas obligaciones en SST y este incumplimiento, con algún nivel de certeza, puede derivar en el daño a la vida o la salud efectivamente sufrido por el trabajador, entonces el empleador será responsable[60].

V. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES DE TRABAJO

Sobre la base de lo examinado hasta este punto, consideramos pertinente abordar algunos aspectos que inciden de manera negativa en nuestro sistema de responsabilidad civil por accidentes de trabajo.

V.1. La limitada cobertura del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR)

La Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley 26790, creó el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), el cual otorga cobertura adicional frente a los riesgos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que padezcan los trabajadores que laboren en actividades de alto riesgo. Mediante el SCTR se otorgan

---

[55] TUCKER, Barbara J. *"Tort Liability for Employers Who Create Workplace Conditions 'Substantially Certain" to Cause Injury or Death".* En: *Montana Law Review, Volume 50, Issue 2, Article 9.* Montana: 1989, pág. 372.
[56] Ibídem.
[57] Ídem, pág. 380.
[58] Ídem, pág. 381.
[59] Ídem, pág. 385.
[60] Ibídem.

prestaciones de salud y pensiones, en los casos de invalidez temporal o permanente, así como los respectivos gastos de sepelio.

El SCTR sólo es obligatorio para aquellos empleadores que realizan actividades calificadas como de alto riesgo y que se encuentran señaladas en el Anexo 5 del Reglamento de la Ley 26790, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 009-97-SA. Sin embargo, los accidentes de trabajo no sólo ocurren en aquellas actividades de alto riesgo, sino que pueden producirse en cualquier actividad, con prescindencia de su calificación.

En tal virtud, quedarán al margen de cualquier cobertura pensionaria, aquellos trabajadores que sufran un accidente de trabajo en actividades no calificadas como de alto riesgo y no se encuentren afiliados al Sistema Nacional de Pensiones[61]. Así, estos trabajadores no solo quedarán fuera de la cobertura del SCTR, sino también del régimen pensionario del Sistema Privado de Pensiones (SPP)[62].

Existe, así, este gran grupo de trabajadores que no tienen cobertura pensionaria que pretenderá—como es obvio—obtener una reparación económica por parte de su empleador, cualquiera que haya sido la causa del accidente, sea que se verifique o no un incumplimiento a una obligación de SST. De forma indirecta, se promueve la litigiosidad e, inclusive, se generan falsas expectativas de obtener sumas económicas que no guardan relación con los daños, a través de tortuosos procesos judiciales.

V.2. La imprevisibilidad de los costos de los accidentes de trabajo

Un accidente de trabajo genera un impacto económico no solo en el trabajador afectado, sino también en sus familiares, otros compañeros de trabajo, su empleador, el Estado y la sociedad en su conjunto[63]. Existen diversos métodos de valorización de los accidentes de trabajo, como la medición de la pérdida de tiempo de trabajo, daño en los equipos, la productividad, entre otros[64]. No obstante, el sufrimiento personal que genera un accidente de trabajo sigue siendo invalorable e incalculable, lo que dificulta prever concretamente el costo de un accidente de trabajo.

Por esta razón, en nuestro medio, es frecuente la presentación de millonarias demandas de pago de indemnizaciones por daños y perjuicios, en las que el monto más

---

[61] De acuerdo con el artículo 25º del Decreto Ley 19990, otorga pensión de invalidez, cualquiera fuere su causa, e, inclusive, por accidente de trabajo o enfermedad profesional, siempre que a la fecha del siniestro el trabajador se encuentre aportando.

[62] De acuerdo con el artículo 115º del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, Decreto Supremo Nº 004-98-EF, las pensiones de invalidez se otorgan cuando esta no ha sido generada por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

[63] COSSIO PERALTA, André Jorge. *"Hacia una Aproximación al Estudio del Impacto Económico de los Accidentes de Trabajo en el Perú durante los años 2011 a 2014: La Prevención de Riesgos Laborales y la Productividad".* En: Derecho & Sociedad, Revista Editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad, Año XXVII, Nº 46, 2016, pág. 404.

[64] Ídem, pág. 405.

elevado de los daños viene constituido por la reparación del daño moral. Más aún, existen determinadas Cortes Superiores de Justicia de nuestro país que admiten solicitudes de auxilio judicial que carecen de sustento, de modo tal que se facilita la presentación de demandas con pretensiones económicas irreales, pues el presunto trabajador afectado ya no tendrá que abonar los aranceles judiciales correspondientes.

En este tipo de casos, es común que el demandante no incurra en gastos de asesoría legal, pues tendrá a su disposición un sinnúmero de abogados dispuestos a sujetar sus honorarios profesionales al éxito en el proceso judicial. Juicios a costo cero.

La imprevisibilidad de los costos de los accidentes de trabajo fomenta, pues, una cultura del litigio por el litigio.

V.3. La (in)seguridad jurídica de los pronunciamientos judiciales

La predictibilidad de las resoluciones judiciales es un elemento inherente a la garantía constitucional de seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que la predictibilidad *(…) implica la exigencia de coherencia o regularidad de criterio de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación del derecho, salvo justificada y razonable diferenciación (…)*[65]*.* De esta manera, acota el TC se contribuye a la *"(…) fundamentación del orden constitucional y el aseguramiento de la realización de los derechos fundamentales"*[66]*.*

No obstante esta exigencia constitucional, en el primer y segundo punto de este trabajo hemos revisado que los pronunciamientos de la CSJR no permiten advertir una corriente jurisprudencial uniforme en materia de responsabilidad civil por accidentes de trabajo. En efecto, por un lado, se establece una doctrina jurisprudencial vinculante y se adopta un acuerdo plenario en virtud del cual el empleador siempre será responsable ante cualquier evento o circunstancia que sufra el trabajador en cumplimiento de sus labores[67]; y, de otro lado, se dispone que es necesario acreditar la negligencia del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo[68]. A su vez, se permite que, mediante la utilización de la *causa sine qua non,* cualquier accidente de trabajo determine la obligación del empleador de pagar una indemnización por daños y perjuicios[69].

A esta ausencia de predictibilidad, se agrega el hecho que la CSJR ha abierto—peligrosamente—la puerta para que en sede judicial se pueda analizar la razonabilidad del monto que se otorguen a los trabajadores o a sus beneficiarios mediante transacciones extrajudiciales[70]. La transacción se celebra con la única finalidad de

[65] Fundamento jurídico Nº 7 de la sentencia recaída en el Expediente Nº 03950-2012-AA/TC
[66] Ibídem.
[67] Casación Laboral Nº 4258-2016-LIMA y VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional.
[68] Casaciones Laborales Nos. 18190-2016-LIMA y 15202-2017-LIMA.
[69] Casaciones Laborales Nos. 12060-2015-LA LIBERTAD y 3591-2016-DEL SANTA.
[70] Casación Laboral Nº 6230-2014-LA LIBERTAD.

solucionar de forma definitiva cualquier controversia derivada de la ocurrencia de accidentes de trabajo y así evitar recurrir al Poder Judicial. Con este criterio, cualquier transacción extrajudicial podrá ser examinada y dejada sin efecto en sede judicial.

Estamos, pues, frente a una situación de inseguridad jurídica que sólo favorece la litigiosidad. Un claro ejemplo de impacto de las decisiones judiciales es lo que sucedió en la República Argentina, conforme a lo revisado en el punto tercero de este trabajo.

V.4. Propuestas de reforma

Sobre la base de lo desarrollado a lo largo del presente trabajo, nos permitimos presentar las siguientes propuestas para reformar el esquema de responsabilidad civil del empleador por accidentes de trabajo:

(i) Reformular el SCTR para que todos los siniestros derivados de accidentes de trabajo y no solo los que se produzcan en actividades de alto riesgo puedan acceder a pensiones de invalidez por incapacidad temporal, parcial o permanente. Para este efecto, se crearía un Seguro Obligatorio contra Accidentes de Trabajo, cuyo costo se establecería en función de las tasas de siniestralidad de cada centro de trabajo.

(ii) Restringir los procesos de responsabilidad civil del empleador por accidentes de trabajo, a los casos en los que se acredite que aquel incumplió dolosamente una obligación de SST o mediando culpa inexcusable, tal y como sucede en diversos países de la región, de la Comunidad Europea y en algunos estados de EUA. Para ello, se incorporaría al artículo 53º de la LSST la frase: *"El incumplimiento **doloso o con culpa inexcusable** del deber de prevención (…) genera la obligación de pagar indemnizaciones (…) **conforme a las reglas que se establezcan en el Reglamento** (…)".*

(iii) Precisar y/o incorporar en el Reglamento de la SST un estándar de razonabilidad, tanto para los riesgos y peligros que genera el desarrollo de determinada actividad, así como para el cumplimiento de las obligaciones del empleador. De esta manera, no cualquier circunstancia que produzca un accidente de trabajo, ni cualquier incumplimiento de las obligaciones en SST generará responsabilidad en el empleador. Para ello, debe tenerse presente que el empleador identifica los peligros, evalúa los riesgos y prevé los mecanismos de control (IPERC) con la participación de los trabajadores, el Comité de Seguridad y Salud de los Trabajadores o con la organización sindical, según sea el caso[71]. Por ende, no podría atribuírsele responsabilidad civil al empleador por riesgos que, razonablemente, no pueden ser previstos. En este punto, y como señala BARAONA GONZÁLEZ, el juez jugará un rol preponderante, pues deberá tener la sensibilidad suficiente para determinar cuál es riesgo permitido o normalmente esperado en la empresa para no imputar una responsabilidad que extralimite dicho ámbito[72].

---

[71] De acuerdo con lo previsto en el artículo 57º de la LSST y los artículos 77º y 82º del RLSST.
[72] BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. Op. cit., pág. 166.

(iv) Descartar el uso de la *causa sine qua non* para el establecimiento de la relación causal por accidentes de trabajo, reforzando la utilización de la estricta relación causal prevista por el artículo 94º del RLSST.

(v) Establecer que los órganos jurisdiccionales analicen rigurosamente las solicitudes de auxilio judicial para evitar la interposición de demandas que contengan pretensiones económicas irreales.

Con las propuestas señaladas en los puntos (ii), (iii) y, (iv) consideramos que podría contarse con mayores herramientas para analizar si corresponde atribuir responsabilidad civil al empleador por situaciones como las descritas en la introducción del presente trabajo.

VI. CONCLUSIONES

A través de la jurisprudencia de la CSJR se ha instaurado un sistema de responsabilidad civil objetiva del empleador ante la ocurrencia de accidentes de trabajo. Este criterio y otros analizados a lo largo del presente trabajo pueden favorecer la proliferación de litigios sin sustento y con pretensiones millonarias, lo que tendría un impacto negativo en el sistema de relaciones industriales y no necesariamente promovería una cultura de prevención de los riesgos laborales.

El deber de prevención del empleador es una obligación de medios y no de resultados, conforme así se encuentra establecido en nuestra legislación y en diversos instrumentos internacionales.

No todo accidente de trabajo debe generar la automática responsabilidad pecuniaria del empleador. La atribución de responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo es una responsabilidad de naturaleza compleja y no pueden aplicarse de la misma forma las instituciones que regulan la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones (responsabilidad civil contractual). En nuestro país, la atribución de responsabilidad pecuniaria del empleador en materia de accidentes de trabajo debe exigir que se verifique, de manera copulativa, la estricta relación causal del daño con los riesgos que razonablemente genera la actividad ejecutada por el trabajador y la inejecución de una obligación o medida de seguridad que, de forma previsible, debía haber adoptado el empleador.

Es urgente revisar nuestro el esquema de reparación frente a los accidentes de trabajo (sistemas de seguros y responsabilidad civil del empleador), a fin de implementar medidas que no solo fomenten la prevención de riesgos laborales, sino que también desincentiven el litigio sin sustento. De no introducirse reformas a este sistema, para contrarrestar los efectos perniciosos de este, los empleadores podrán optar por contratar pólizas de seguro que incorporen una cláusula adicional de responsabilidad civil patronal que les otorgue cobertura frente a todo tipo de procesos de indemnización por daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo, tal y como ha sucedido en el caso chileno.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES LABORALES

LA TRANSACCIÓN Y CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIALES COMO FORMAS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: CRITERIOS DE VALIDEZ Y *TEST DE DISPONIBILIDAD DE DERECHOS*

ALFONSO YASUYOSHI HIGA GARCÍA*

El lunes 1 de junio de 2015 fue publicada la casación No. 6230-2014 LA LIBERTAD, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la cual se estableció *principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento* referidos a la validez de las transacciones extrajudiciales como forma de extinción de las obligaciones en el marco de un proceso de pago de indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo. Posteriormente, el 21 de diciembre de 2017 fue publicada en el diario El Peruano una Separata Especial que contenía los acuerdos a los que se arribó en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional (en adelante, "el VI Pleno"), en cuyo segundo párrafo ratificó los *principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento* establecidos en la casación No. 6230-2014 LA LIBERTAD.

Por su parte, el artículo 30 de la Ley No. 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, (en adelante, "NLPT") regula el denominado *Test de disponibilidad de derechos*, según el cual, para que un acuerdo conciliatorio o transaccional ponga fin al proceso, tendría que: (i) versar sobre derechos nacidos de una norma dispositiva, debiendo el juez verificar que no afecte derechos indisponibles; (ii) debe ser aprobado por el titular del derecho; y, (iii) debe haber participado el abogado del prestados de servicios del demandante.

En este contexto, en la presente ponencia se analizará cuáles son los criterios para determinar la validez de una transacción extrajudicial como forma de extinción de obligaciones por responsabilidad por accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales que han sido establecidos por la Corte Suprema; si dichos criterios serían aplicables también a las conciliaciones extrajudiciales; y, finalmente, si adicionalmente a

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del área Laboral del estudio Miranda & Amado y adjunto de docencia del curso Derecho Procesal del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

dichos criterios de validez, resultarían aplicables aquellos que conforman el denominado *Test de disponibilidad de derechos* previstos en la NLPT.

I. LOS CRITERIOS DE VALIDEZ DE LAS TRANSACCIONES EXTRAJUDICIALES ESTABLECIDOS POR LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTES DE TRABAJO Y/O ENFERMEDADES PROFESIONALES

Conforme ya hemos adelantado, tanto en la Casación No. 6230-2014 LA LIBERTAD, como en el VI Pleno, la Corte Suprema ha establecido criterios para determinar la validez de una transacción extrajudicial como forma de extinción de obligaciones por responsabilidad por accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales.

Como primera cuestión relevante, se tiene que la Corte Suprema ha concluido que la transacción extrajudicial sí es una forma de extinción de obligaciones por responsabilidad por accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales. Y, si bien no se podría estar más de acuerdo con ello, sí existen algunos cuestionamientos a los argumentos mediante los cuales se arriba a dicha conclusión, que serán detallados a continuación para luego ingresar al análisis de los requisitos de validez que ha establecido la Corte Suprema.

I.1. Sustento constitucional de la transacción extrajudicial como forma de extinción de las obligaciones en el derecho laboral

Al respecto, en el considerando Quinto de la Casación No. 6230-2014 LA LIBERTAD la Corte Suprema precisó que: *la transacción es una forma de extinción de las obligaciones, cuya aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, es objeto de discusión doctrinaria* (…)", lo cual es cierto[2]; sin embargo, se *cierra* esa discusión concluyendo lo siguiente en el mismo considerando:

> "(…) *la misma ha sido aceptada por la legislación adjetiva, pues, la antigua Ley Procesal del Trabajo, Ley Nº 26636, en el primer párrafo del artículo 23º, admitía la posibilidad de que se propusiera la excepción de transacción, de donde podemos concluir que nuestro ordenamiento jurídico acepta la figura de la transacción para materias laborales y previsionales, pues, de lo contrario, no la hubiese admitido expresamente en nuestra legislación adjetiva.*"

Y este mismo razonamiento es replicado en el VI Pleno, en cuyo considerando 1.6. se precisó que:

[2] MANGARELLI, Cristina. *La transacción en el derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, pp. 11-14.

> "*La transacción es un mecanismo de extinción de las obligaciones, la misma que ha sido aceptada para las materias laboral y previsional, de conformidad con lo señalado en la antigua Ley Procesal del Trabajo, Ley No. 26636, artículo 23, primer párrafo, y si bien la actual Ley Procesal del Trabajo, Ley No. 29497, no la menciona expresamente debe aceptarse también en los procesos que se sigan con arreglo a esta norma procesal.*"

Sobre el particular, y como ya se ha precisado en un trabajo previo[3], en el derecho del trabajo no cabe la transacción porque exista una ley expresa que así lo determina; en realidad, la inexistencia de ley expresa no sería razón para negar la posibilidad de suscribir una transacción. Es más, la transacción a la que se hace referencia en ambos pronunciamientos, que como forma de extinción de obligaciones solo puede ser extrajudicial, carece de norma expresa en materia laboral o procesal laboral; aunque lo mismo ocurre en el caso de la transacción judicial.

Por un lado, la Ley No. 26636[4] no regula, ni tampoco sería la llamada a hacerlo, la transacción como forma de extinción de las obligaciones. El artículo 23 de la Ley No. 26636 no se refiere a la transacción sino a la excepción de transacción; y son dos cosas muy distintas, pues en un caso se estaría refiriendo a la transacción como una forma de extinción de las obligaciones (lo cual tendría que ser analizado con el fondo y sería una transacción extrajudicial), mientras que en el otro se estaría refiriendo a la posibilidad de cuestionar el cumplimiento de los presupuestos procesales (por falta de interés para obrar) mediante una excepción (transacción judicial).

Por otra parte, la Ley No. 26636 no detalla cuáles serían las excepciones que pueden ser propuestas en el proceso laboral; si se interpretara lo contrario, en el proceso laboral regulado por la Ley No. 26636 solo sería posible deducir la excepción de transacción. En ese sentido, no cabe sino interpretar que las excepciones están reguladas en el artículo 446 del Código Procesal Civil, el cual resulta aplicable supletoriamente al proceso laboral, con lo cual el artículo 23 de la Ley No. 26636, que hace referencia a la excepción de transacción, establece requisitos especiales para declarar fundada la excepción de transacción listada en el artículo 446 del Código Procesal Civil.

Y lo anterior es importante porque el artículo 446 del Código Procesal Civil no prevé la excepción de transacción extrajudicial, sino que únicamente prevé la excepción de transacción judicial. La excepción de transacción extrajudicial fue una *creación*

---

[3] HIGA GARCÍA, Alfonso. "Principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento respecto de la transacción extrajudicial: La casación No. 6230-2014 LA LIBERTAD." En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, No. 204, pp. 173-175.

[4] En algunos distritos judiciales la Ley No. 26636 ya no está vigente. Sin embargo, como todavía hay distritos judiciales en los que sí está vigente, así como por el hecho de que todavía pueden llegar procesos regulados por la Ley No. 26636 en casación, nos referiremos a ella en presente y, cuando así sea necesario, se hará referencia expresa a la NLPT.

jurisprudencial a través del Primer Pleno Casatorio Civil (Casación No. 1465-2007 CAJAMARCA).

De tal forma, no existe una regulación expresa de la transacción extrajudicial en la Ley No. 26636, ni como una forma de extinción de las obligaciones, ni como la posibilidad de concluir el proceso vía excepción. En ese sentido, si la posibilidad de suscribir una transacción extrajudicial dependiera de si está o no regulada expresamente en la Ley No. 26636, válidamente se podría concluir que no lo está y que, por ende, la transacción no calificaría como una forma de extinción de obligaciones en el ordenamiento jurídico laboral.

En realidad, contrariamente a lo señalado en los pronunciamientos bajo comentario, a diferencia de la Ley No. 26636, la Ley No. 29497 sí menciona las transacciones extrajudiciales al otorgarles mérito ejecutivo en el artículo 57[5]. No obstante, y si bien la transacción extrajudicial constituye un medio de extinción de las obligaciones también en materia laboral, ello no obedece a la existencia de una norma laboral (o procesal laboral) expresa, sino que tiene sustento constitucional pues, a fin de cuentas, la transacción extrajudicial es un contrato[6] amparado por la libertad de contratar[7].

Cuestión distinta, es la de si tal contrato será válido o no, lo cual dependerá de lo concretamente estipulado (y que de advertirse una renuncia deberá ser analizado desde la perspectiva del principio de irrenunciabilidad de derechos); no obstante, esto último no sería razón suficiente para restringir la libertad de contratar prohibiendo, *a priori*, la suscripción de cualquier transacción en el derecho del trabajo, pues tal restricción sería irrazonable y desproporcionada.

En conclusión, la posibilidad de suscribir una transacción extrajudicial que recaiga sobre una controversia de naturaleza laboral tiene sustento constitucional en el derecho a la libertad de contratar. Por lo tanto, ante la inexistencia de norma laboral expresa, válidamente se tendría que recurrir al Código Civil y, cuando se verifique un acuerdo en el que las partes admitan la existencia de un asunto dudoso o litigioso de naturaleza laboral

---

[5] Sin perjuicio de las observaciones que podríamos tener al respecto. Sobre el particular: HIGA GARCÍA, Alfonso. *El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. Un enfoque sustantivo y procesal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2017, pp. 140-145.

[6] OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Tratado de las obligaciones”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil. Tercera Parte*. Tomo IX, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 447. En el mismo sentido, MORALES HERVIAS, Rómulo. “Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos propios. A propósito del Primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación.” En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, No. 18, pp. 45, 47 y 50-51.

[7] También podría argumentarse que el numeral 2 del artículo 28 de la Constitución establece la promoción de formas pacíficas de solución del conflicto. Sin embargo, sistemáticamente, creo que ese artículo no se refiere a la transacción sino que está referida a los procedimientos de negociación colectiva.

y se comprometan a realizar concesiones recíprocas[8] se estará frente a una transacción, en principio válida, salvo que se advierta la violación del principio de irrenunciabilidad de derechos o, como se detallará a continuación, de viole el artículo 1 de la Constitución.

I.2. Criterios de validez de las transacciones extrajudiciales: principio de irrenunciabilidad de derechos y criterio de la suma ínfima

En el Considerando Sexto de la Casación No. 6230-2014 LIMA, la Corte Suprema precisó que:

> "*La transacción es admisible en los procesos laborales y previsionales, pero la valoración que el Juez haga de la misma debe ser con carácter social, por lo tanto, distinta a la que efectuaría en un proceso propio del Derecho Civil. Admitir una concepción en contrario significaría infringir el inciso 2) del artículo 26º de la Constitución Política del Perú.*"

Por su parte, en el considerando Noveno, en el que se analiza la posición de las demandadas en el sentido de que se reconozca a la transacción extrajudicial como una forma de extinción de las obligaciones, se concluye que: "(…) *resulta ser una pretensión que resiente el respeto por la persona humana y los valores que inspiran el Estado Social de Derecho, posición que no puede ser amparada por un Poder Judicial que se considere respetable* (…)."

A su vez, en el considerando 1.6. del VI Pleno, se precisa lo siguiente:

> "*Así, a fin de aplicar la transacción a los procesos laborales y previsionales, la valoración que el juez hará de la misma, debe ser distinta de la que haría en un proceso civil. Ello con la finalidad de no vulnerar el principio de irrenunciabilidad de derechos previsto en el artículo 26 inciso 2 de la Constitución Política del Perú.*"

Mientras que, en el párrafo inmediatamente siguiente, ya como parte del considerando 1.6.1., denominado "valoración aplicable" se señaló lo que: "*Respecto a este punto, la Constitución Política del Perú señala en su artículo 1 que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y en base a ello se debe valorar las cláusulas de la transacción*."

Como se puede advertir, la Corte Suprema parecería recurrir a dos parámetros para determinar la validez de las transacciones extrajudiciales: (i) el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales; y, (ii) la "valoración aplicable". Sobre el particular,

---

[8] Sobre los requisitos de la transacción, OSTERLING PARODI, Felipe. "Las obligaciones". En: *Biblioteca para leer el Código Civil Vol. VI*, 4ta. Ed., Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 188.

y conforme ya hemos expuesto en dos trabajos anteriores[9], corresponde precisar lo siguiente:

(i) El numeral 2 del artículo 26 de la Constitución establece que "*en la relación laboral se respetan los siguientes principios: carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley*." Es cierto que la Constitución no delimita dicha disposición a las normas que reconocen derechos laborales; sin embargo, su ubicación podría hacer presumir que sí, de modo que únicamente alcanzaría a los derechos laborales específicos, lo cual, quizás, tendría más sentido teniendo en cuenta que, desde la teoría objetiva del principio de irrenunciabilidad de derechos[10], que es la recoge la Constitución[11], dicho principio es: "(…) *un puntal que defiende el Derecho del Trabajo de las resquebrajaduras de la renuncia, una envoltura protectora que evita el que la solidez de aquel se degenere, se licue y se disuelva*"[12] para que, justamente, la clase trabajadora alcance un cierto nivel económico-social[13] impidiendo renuncias a derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico laboral.

Conforme a lo anterior, entonces, una transacción que involucre el derecho a la vida, integridad y/o a la dignidad no sería analizable desde la perspectiva del principio de irrenunciabilidad de derechos, pues tales derechos no califican como derechos laborales específicos. Más bien, en este caso el análisis podría ser realizado, por ejemplo, desde el principio general positivizado en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que establece la nulidad del negocio jurídico contrario al orden público y/o a las buenas costumbres[14].

Sin embargo, lo anterior es harto debatible y cabría argumentar que el numeral 2 del artículo 26 de la Constitución también alcanza a derechos laborales inespecíficos, como la vida, integridad y/o la dignidad, a los que se hace referencia en la Casación. No obstante, desde esta perspectiva, igualmente el debate estaría abierto, pues es posible argumentar que mediante una transacción extrajudicial no se dispone del derecho a la vida, por ejemplo, frente a un accidente fatal, sino del

---

[9] HIGA GARCÍA, Alfonso. "Principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento respecto de la transacción extrajudicial: La casación No. 6230-2014 LA LIBERTAD." En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, No. 204, setiembre 2015, pp. 163 a 183; y, "La transacción extrajudicial en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional." En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, No. 233, febrero 2018, año 23, pp. 15-31.

[10] Sobre las distintas teorías a partir de las cuales es posible dotar de contenido el principio de irrenunciabilidad de derechos: HIGA GARCÍA, Alfonso. *El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales* (…) *Ob. Cit*., pp. 33-50

[11] Al respecto: Íd., pp. 68-73.

[12] OJEDA AVILÉS, Antonio. *La renuncia de derechos del trabajador.* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, p. 175.

[13] Íd, pp. 179-180.

[14] En una tesis que no necesariamente comparto, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que los derechos fundamentales son indisponibles y: "(…) *no pueden ser objeto de negociación alguna ni siquiera en los casos en que exista la voluntad expresa de prescindir de los mismos o alterarlos en todo o parte de su contenido*." STC 04972-2006-AA/TC.

monto de una indemnización; y esto generaría dos cuestiones de debate adicionales.

Por un lado, tomando como ejemplo un accidente fatal, el Primer Pleno Casatorio Civil explica con claridad que, cuando se transa el pago de una indemnización, el objeto de la transacción no es el derecho lesionado sobre el cual procedería el pago de la indemnización, sino que, por el contrario, se transa: "(…) *sobre los daños que se ocasionaron* (…)" a la vida, en el caso del ejemplo propuesto. Entonces, si se acoge esta posición, la transacción no sería analizable, ni desde la perspectiva del principio de irrenunciabilidad de derechos, ni tampoco desde lo previsto, por ejemplo, en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

Por otra parte, y aun cuando se encuentra regulado dentro de los derechos y obligaciones de los empleadores, una interpretación a contrario permitiría concluir que el artículo 53[15] de la Ley No. 29783 establece el derecho de los trabajadores a percibir una indemnización por el incumplimiento del deber de prevención. En ese contexto, el derecho a percibir una indemnización en esos casos podría ser entendido como irrenunciable; sin embargo, ni la Ley No. 29783, ni ninguna otra, establece a cuánto ascendería el monto de la referida indemnización, de modo que, aun cuando se concluya que el derecho a percibir la indemnización sería irrenunciable, no podría serlo el monto, pues se trata de una indemnización extra tarifada[16].

No se debe perder de vista que, según el numeral 2 del artículo 26 de la Constitución, solo serán irrenunciables los derechos reconocidos en la Ley o la Constitución[17]. Siendo ello así, pareciera ser que el monto de una indemnización por daños y perjuicios, al no encontrarse cuantificada en ninguna de esas normas, no podría ser analizado desde la perspectiva del principio de irrenunciabilidad de derechos.

Ahora bien, lo anterior no impediría la aplicación del artículo 1328 del Código Civil, según el cual:

> "*Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga*. *También es nulo cualquier pacto de exoneración o*

---

[15] "*El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales*."

[16] Distinto es el caso, por ejemplo, de la indemnización por despido arbitrario, pues 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, establece el derecho al pago de una indemnización por el despido arbitrario sufrido y, en la misma línea, el artículo 38 de la misma norma se encarga de establecer a cuánto ascendería la referida indemnización.

[17] También en los tratados y, según la doctrina mayoritaria, en los convenios colectivos.

> *de limitación de responsabilidad para los casos en los que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.*"

No obstante, se tendría que analizar si este artículo alcanza a una transacción, la cual presupone la existencia de asuntos dudosos y/o litigiosos, según sea el caso, o si, por el contrario, alcanza únicamente a negocios jurídicos que no se refieren a dichos asuntos. Así, por ejemplo, dicho artículo impediría pactar en un contrato de trabajo, u otro documento posterior, un monto fijo de indemnización por cualquier daño; sin embargo, una vez producido el hecho, y manifestando las partes que existe incertidumbre sobre los elementos configuradores de la responsabilidad y/o respecto de la cuantificación de los daños, se cumpliría con los requisitos de una transacción y, al suscribirla, dicho negocio jurídico no tendría por finalidad excluir y/o limitar la responsabilidad sino, más bien, admitiendo la posibilidad incierta de que exista responsabilidad, concluyendo de mutuo acuerdo las obligaciones que de dicha responsabilidad se podrían desprender.

(ii) Existen reparos de que se invalide una transacción y, consecuentemente, se afecte el derecho a la libertad de contratación, con base en un postulado tan amplio y tan abstracto (que podría ser útil para invalidar cualquier negocio jurídico). Con mayor razón, atendiendo a que muchos casos (quizás la mayoría), ni el daño emergente, ni el lucro cesante (ambos comprobables objetivamente), son ordenados a pagar en un proceso de indemnización por daños, sino, únicamente, el daño moral que es determinado por el juez, no sobre la base de pruebas objetivas, sino con base en un criterio de equidad.

A su vez, otra cuestión de debate radica en el hecho de que no se logra advertir en el Pleno cuál es el parámetro para considerar que determinada suma constituye una *suma ínfima*.

Por un lado, cabría retomar el debate en el sentido de cuestionarse si lo que se transa en estos casos (y por lo tanto a lo que apunta la concesión recíproca del empleador) es la vida y/o integridad del trabajador o, más bien, los daños y su cuantificación. Por otra parte, si se asume que la concesión recíproca sí guarda relación con la vida, una figura que podría ser utilizada, solo a modo referencial, para efectos de analizar la proporcionalidad económica del contenido de un contrato sería la lesión contractual (ya que no procede la acción por lesión en los casos de transacción[18]).

[18] ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. "Lesión." En: *Biblioteca para leer el Código Civil*, Tomo II, 4ta. Ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1987, p. 129. En la misma línea, MORALES HERVIAS, Rómulo. "Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos propios. A propósito del Primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación." En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, No. 18, pp. 52 y 53.

Al respecto, se ha señalado que la lesión "(…) *tutela a quien contrata en condiciones desiguales por encontrarse en estado de necesidad*"[19]; y es definida por MESSINEO como una:

> "(…) *(subespecie de daño) patrimonial consistente en la desaprobación (o desequilibrio) entre la prestación que ha ejecutado o prometido y la que debe recibir (y que es de entidad menor): desproporción que depende del estado de necesidad en que se encontraba, que fue para él motivo determinante del contrato y del que se ha aprovechado la contraparte para obtener ventaja.*"[20]

Pues bien, el artículo 1447 del Código Civil exige una desproporción mayor de las dos quintas partes entre las prestaciones (respecto del valor del mercado) para que se configure la lesión. Adicionalmente, esa desproporción deberá haber estado motivada en el conocimiento de una de las partes del estado de necesidad de la otra (aprovechamiento)[21], quedando excluidos los supuestos de inexperiencia[22].

La cuestión está en que el parámetro objetivo que establece la figura de la lesión no podría ser trasladable a los casos a los que apunta el Pleno, porque se tendría que cuantificar el valor de una vida o de la integridad del trabajador en el mercado. Por lo tanto, no será posible determinar, con base en parámetros objetivos, qué suma no es *ínfima*; o, lo que es lo mismo, qué suma es razonable; y quizás esto debió ser

---

[19] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Teoría General del Contrato*, Tomo II, Pacífico, Lima, 2012, p. 1271. En contra de la regulación de la lesión: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el Derecho de los Contratos." En: *Themis*, No. 43, pp. 223-234.

[20] MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Ara, Lima, 2007, p. 683. Sobre la distinción con la excesiva onerosidad de la prestación: BARBOZA BERAUN, Eduardo. "La lesión en el Código Civil de 1984." En*: Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*, Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 65 y DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Libro VII del Código Civil. Segunda parte (Artículos 1414 a 1528)." En: *Biblioteca para leer el Código Civil*, Vol. XV, Tomo V, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, pp. 231-232.

[21] Al respecto: Ibíd.; ORTEGA PIANA, Marco Antonio. "Algunos comentarios sobre la lesión" En: *Advocatus*, No. 15, Año 2006-II, p. 119; y, BARBOZA BERAUN, Eduardo. *Ob. Cit.*, p. 64.

[22] BOREA ODRIA, Miguel. "La Lesión: Necesidad de incluir a la inexperiencia como estado de inferioridad de un contratante". En: *Ius et veritas*, No. 19, p. 89; y, BARBOZA BERAUN, Eduardo. *Ob. Cit.*, p. 63. Situación distinta ocurre en Argentina, en el que el Código Civil sí admite la inexperiencia como una causal para la lesión. En: BORDA, Alejandro. "La lesión en el Derecho Argentino. (En el Código Civil Argentino, en el Proyecto de 1998 y en las XVII Jornadas)." En: *Contratación Privada. Contratos Predispuestos. Contratos Conexos. Código Europeo de Contratos.* Soto Coaguila, Carlos Alberto y Jiménez Vargas-Machuca, Roxana (Coordinadores), Jurista, Lima, 2002, p. 148.

materia de desarrollo en el Pleno[23], ya que, al no haberse precisado ello, no existirá seguridad jurídica al momento de suscribir una transacción.

En conclusión, sobre la base del acuerdo contenido en el Pleno, aun cuando se transe sobre la ocurrencia misma de un accidente y/o sobre la calificación de *profesional* de una enfermedad, igualmente los jueces deberán analizar el fondo de la controversia. Esto último, con el fin de determinar, además, si la suma otorgada como consecuencia de la transacción fue, o no, *ínfima*.

> Siendo ello así, y con mayor razón en lo que respecta a los daños no patrimoniales, cuya cuantificación no es objetivamente comprobable, sino que depende de la apreciación subjetiva del juez, las transacciones sobre esta materia solo serán válidas si, precisamente a criterio del juez, cubren suficientemente los daños determinados en el proceso. Eso, en el fondo, no es otra cosa sino desnaturalizar la finalidad de las transacciones (que implican la existencia de concesiones recíprocas, que podrían estar basadas en cuestiones de tiempo, liquidez u otras) y, más bien, admitir únicamente acuerdos que impliquen un reconocimiento y/o admisión (nuevamente, a criterio del juez) de los daños causados y su íntegra reparación. Sobre esto último, podemos estar de acuerdo o en desacuerdo; sin embargo, no se debería calificar como "transacción" a aquello que no calificaría como tal.

En consecuencia, uno de los acuerdos del Pleno, coincidentemente con lo que se concluye en la Casación No. 6230-2014 LA LIBERTAD, implica que solo se puede suscribir transacciones con el fin de evitar una demanda de indemnización por daños y perjuicios si es que el monto otorgado no califica como una *suma ínfima*. En ese sentido, y al centrarse el análisis en el monto, respecto de dichas materias nunca se podrá transar sobre hechos (por ejemplo, si ocurrió o no un accidente, si existió auto exposición al riesgo, etc.); por el contrario, la sola suscripción de la transacción implicará un reconocimiento tácito de responsabilidad. Y, además, partiendo de esa premisa, los jueces estarán en la obligación de analizar el fondo de la controversia y determinar (a su criterio) si la suma otorgada como consecuencia de la transacción es *suficiente*.

No se niega, en este punto, que ha existido supuestos de abuso al suscribir transacciones sobre estas materias. Sin embargo, lo que se somete a debate en este trabajo es el hecho de que, al establecerse como criterio de validez de una transacción sobre estas materias el de la "suma ínfima", sin establecerse ningún parámetro objetivo para su determinación, toda transacción suscrita sobre esta materia quedará sujeta al

[23] No se debe perder de vista, por ejemplo, que el artículo 95 del Reglamento de la Ley No. 29783 prevé la aprobación de una tabla de indemnizaciones que debía ser aprobada mediante Resolución Ministerial y dicha tabla (la cual podría contener parámetros objetivos de cuantificación de la indemnización) a la fecha no ha sido emitida. Ello, no obstante los cuestionamientos al respecto ya expuestos por: UGAZ OLIVARES, Mauro y SOLTAU SALAZAR, Sebastián. "Implicancias de la Ley de Seguridad en el Trabajo." En: *Derecho & Sociedad*, No. 37, p. 175.

análisis subjetivo de quien resuelva sin que, necesariamente, tenga que evaluar factores conexos a la suscripción de la transacción, tales como la ponderación entre el tiempo que dura un proceso judicial, el interés por evitar una incertidumbre, etc.

II. ¿CABRÍA EXTENDER ESTE ANÁLISIS A LAS CONCILIACIONES EXTRAJUDICIALES?

Tanto la Casación No. 6230-2014 LA LIBERTAD, como el VI Pleno, circunscriben el análisis a la transacción extrajudicial. Sin embargo, y no obstante los reparos que han sido expuesto en los acápites anteriores, lo cierto es que cabe extender dicho análisis también a las conciliaciones extrajudiciales.

Sobre el particular, la conciliación: "*Es un acto realizado por las partes mediante el cual, y ante la presencia de un tercero (conciliador), deciden poner fin a sus diferencias y llegar a un acuerdo entre las partes*"[24]; sin que ello implique que nos encontramos frente a un método heterocompositivo de solución de conflictos al ser las partes quienes deciden, o no, acoger la propuesta del tercero[25]. En esa línea, como bien explica GONZAÍNI:

> "*La naturaleza del acto conciliatorio debe diferenciarse del acto resultante que puede tener respuestas diferentes según lo hayan dispuesto las partes (V.gr: transacción, desistimiento sin costas, reconocimientos mutuos y parciales, conciliación estricta, etc.)*."[26]

Siendo ello así, "(…) *la conciliación es el acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hacen innecesario el litigio pendiente o evitan el litigio eventual.*"[27] Y, por tal motivo:

> "*En la conciliación, el funcionario que la presida o dirija deberá aconsejar, según las circunstancias, al pretensor (eventual actor) para que retroceda (se desista), al pretendido (demandado en su caso) para que aceda (se allane) o a ambos para que cedan (transijan).*"[28]

En consecuencia, dado el acto resultante de una conciliación puede ser una transacción, en aquellos casos sí cabría extender el análisis realizado en los acápites anteriores a las conciliaciones extrajudiciales.

---

[24] HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *Formas especiales de conclusión del proceso*, Gaceta Jurídica, 2da. Ed., Lima, 2002, p. 50.

[25] PRIORI POSADA, Giovanni. "Formas autocompositivas de conclusión del proceso en el Código Procesal Civil del Perú". En: *Proceso & Justicia. Revista editada por la Asociación Civil Taller de Derecho*, 2001, p. 43.

[26] GONZAÍNI, Osvaldo A. *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos.* Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 48.

[27] PRIORI POSADA, Giovanni. Loc. Cit.

[28] Ibíd.

III. LA (IN)APLICACIÓN DEL TEST DE DISPONIBILIDAD DE DERECHOS A LAS TRANSACCIONES Y CONCILIACIONES EXTRAJUDICIALES

En el artículo 30 de la NLPT se ha previsto tres criterios de validez "*para que un acuerdo conciliatorio o transaccional ponga fin al proceso* (…)." En ese contexto, desde ya es preciso aclarar que, en tanto que dicho artículo hace referencia a transacciones y conciliaciones que *ponen fin a un proceso*, el test de disponibilidad será aplicable única y exclusivamente a conciliaciones y transacciones que califiquen como Formas Especiales de Conclusión del Proceso (en adelante, "FECP"), esto es, conciliaciones y transacciones judiciales.

Al respecto, se debe tener presente que, en lo que se refiere a la transacción, el Código Civil regula dos tipos: "*La transacción puede ser extrajudicial (para evitar el pleito que podría promoverse) o judicial (para poner fin a un litigio judicial o arbitral)* (…)."[29] En ese mismo sentido, el profesor MORALES GODO explica que: "(…) *mientras la civil lo que pretende es evitar que se inicie un proceso judicial, el objetivo de la judicial es dar por concluido el proceso ya iniciado.*"[30]

A su vez, la transacción judicial puede ser de dos tipos[31]: (i) intraproceso, esto es directamente ante el juez de la causa; o, (ii) extraproceso, que es aquella realizada fuera del proceso, pero luego es puesta a conocimiento del juez para que concluya el litigio. Sin embargo, es preciso reiterar que el hecho de que una transacción judicial sea realizada extraproceso no implica que se "convierta" en extrajudicial; y, ello es así porque: (i) la finalidad continúa siendo la de concluir un proceso existente; y, (ii) como explica con claridad el profesor MORALES GODO:

> "*Si bien el origen es extra procesal, los efectos se producen como consecuencia de la aprobación del juez, mediante una resolución que debe quedar consentida o ejecutoriada. Sin resolución que apruebe la transacción a que han arribado las partes, esta no producirá efecto alguno*."[32]

Precisamente por lo anterior, a diferencia de la transacción extrajudicial, en los casos de una transacción judicial: "(…) *no cabe la menor duda que estamos frente a un acto procesal*."[33]

---

[29] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. "La transacción." En: *Actualidad Jurídica*, No. 170, p. 18.

[30] MORALES GODO, Juan. "¿La transacción civil puede oponerse como excepción procesal?" En: *Diálogo con la jurisprudencia*, No. 114, p. 138.

[31] VÁSQUEZ RAMOS, Jorge Luis. "La incoherencia de la <<excepción procesal>> de transacción extrajudicial. Análisis del Primer Pleno Casatorio Civil." En: *Gaceta Civil & Procesal Civil,* No. 28, Octubre 2015, pp. 203-204.

[32] Loc. Cit.

[33] Ibíd.

En tal sentido, no queda sino coincidir cuando se concluye que: "*La transacción extrajudicial no es otra cosa que un modo de extinción de las obligaciones, mas no una forma especial (o anormal) de conclusión del proceso, como sí lo es la transacción judicial*."[34]

Siendo ello así, el *test de disponibilidad de derechos* no resultará aplicable, por ejemplo, al analizar la validez de una transacción o conciliación extrajudicial, según sea el caso, ya que, en esos supuestos, las conciliaciones o transacciones, al constituir un mecanismo de extinción de las obligaciones, habrán sido suscritas para evitar que el pleito se promueva y no para *poner fin al proceso*, como ocurre con las transacción y conciliaciones judiciales.

En consecuencia, y más allá de los cuestionamientos al *test de disponibilidad de derechos*, que ya han sido expuestos en otro trabajo[35], lo que debe quedar claro es que los criterios de validez previstos en el artículo 30 de la NLPT: "*para que un acuerdo conciliatorio o transaccional ponga fin al proceso* (…)", no deberán ser aplicados para efectos de analizar la validez de una transacción y/o conciliación extrajudicial referida a la responsabilidad civil del empleador por accidentes de trabajo y/o enfermedad profesional.

IV. CONCLUSIONES

En materia de responsabilidad civil del empleador por accidentes de trabajo yo enfermedad profesional, la Corte Suprema ha establecido como criterio de validez de las transacciones extrajudiciales el criterio de la "suma ínfima". Ello quiere decir que, aun cuando se transe sobre la ocurrencia misma de un accidente y/o sobre la calificación de profesional de una enfermedad, igualmente los jueces deberán analizar el fondo de la controversia para determinar que el monto otorgado por el empleador como parte de sus pretensiones recíprocas no constituya una "suma ínfima"; aun cuando de los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema al respecto no se advierte cuál sería el parámetro para determinar qué tendría que ser entendido como suma ínfima y qué no.

En tanto que el acto resultante de una conciliación extrajudicial podría ser una transacción, en dichos casos el criterio de validez de las transacciones extrajudiciales desarrollado por la Corte Suprema les sería aplicable.

Finalmente, dado que el artículo 30 de la NLPT ha previsto tres criterios de validez "*para que un acuerdo conciliatorio o transaccional ponga fin al proceso* (…)", dichos criterios no serían aplicables para efectos de determinar la validez de una transacción y/o conciliación extrajudicial, puesto que estas últimas no tiene por finalidad poner fin a un proceso, sino evitar que el pleito se produzca o, lo que es lo mismo, evitar que se inicie un proceso respecto de la materia objeto de transacción.

---

[34] VÁSQUEZ RAMOS, Jorge Luis. *Ob. Cit.*, p. 208.

[35] Al respecto: HIGA GARCÍA, Alfonso. *El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales* (…) *Ob. Cit.*, pp. 132-137.

APUNTES SOBRE *MOBBING* LABORAL:
RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPLEADOR

FIORELLA PÍA PEYRONE VILLACORTA

"(…) la indemnización de daños por injuria, acoso sexual, y dolor y sufrimiento, están infectadas por severas dificultades, como en el caso de la indemnización por daños punitivos en general. Un entendimiento de esas dificultades bien podría llevarnos a concretar propuestas de reforma. Quizás "la búsqueda" puede llevarse a cabo por un ente legislativo o regulador que decida, de antemano, cómo puede un juicio normativo hecho por una escala numérica limitada ser traducido en dólares[1]."

I. PREÁMBULO

En estos tiempos, las relaciones laborales van generando en el trabajador, en muchos casos, agresividad, ansiedad, depresión, suicidios y manifestaciones psicosomáticas[2] ello generado por los valores que ahora se promueven, en los que importa mucho la eficacia, el éxito, el objetivo o meta alcanzada[3].

Bajo ese contexto, es más que necesario que el derecho Laboral aborde la violencia en el trabajo como un tema relevante y de manera urgente.

Como es de pleno conocimiento, en el país aún no contamos con una definición específica de acoso laboral o *mobbing en el trabajo*; este es – en síntesis- la violencia

* Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo. Abogada Asociada al Estudio Osterling

[1]Cass R. Sunstein. Análisis Conductual del Derecho. Themis N° 62. Revista de Derecho PUCP. Lima. 2012.Pág. 64.

[2]LERNER, Roberto. De Mentes &Re cuerdos. Una mirada a la familia, la cultura y la sociedad de hoy. Lima: Norma, 2005 pág. 146.

[3]Mercader, Jesús. Derecho del Trabajo, Nuevas tecnologías y sociedad de la información. Valladolid: Lex Nova, 2002. Pag. 25

moral o psicológica en el ambiente laboral. No obstante, considerando que el *mobbing* es un riesgo psicosocial del trabajo[4], que está regulado en el país por las normas relativas a la Seguridad y Salud en el Trabajo (SST), y en tanto a la fecha, el Poder Judicial viene atribuyendo la responsabilidad civil al empleador en aplicación de la "responsabilidad objetiva"; en esta ponencia me propongo precisar algunos apuntes sobre la responsabilidad civil del empleador ante supuestos de *mobbing.*

En principio, analizaré brevemente la configuración de los riesgos psicosociales y bio psicosociales. Enseguida, explicaré la responsabilidad del empleador. Reflexionaré luego, sobre el problema del fundamento jurídico para establecer la responsabilidad al empleador, para ocuparme finalmente de analizar algunos postulados construidos por el Análisis Psicológico del Derecho sobre las motivaciones de los fallos de los Juzgadores sobre la responsabilidad civil y los aportes de la jurisprudencia comparada sobre el *mobbing.*

II. *MOBBING* LABORAL

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el acoso laboral es la acción verbal o psicológica de índole sistemática, repetida o persistente por la que, en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo, una persona o un grupo de personas hiere a una víctima, la humilla, ofende o amedrenta[5].

Al respecto, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo define el acoso moral en el trabajo como un *"comportamiento irracional repetido con respecto a un empleado o a un grupo de empleados, que constituyen un riesgo para la salud y la seguridad".* El comportamiento irracional al que se refiere este concepto consiste en discriminar, humillar, debilitar o amenazar[6].

Para algunos autores, el *mobbing* tiene elementos causales para producir un daño personal, físico o moral, pues el acosador pone en práctica toda una estrategia de hostigamiento contra su víctima, utilizando sistemáticamente y durante un tiempo prolongado una serie de comportamientos perversos para ridiculizar y apartar socialmente a la víctima; y afectar su esfera de derechos morales o espirituales, su vida de relación, pues aunque sea inverosímil lo que le está sucediendo y pueda llegar incluso a negar la evidencia mediante la negación o evitación del fenómeno, sus relaciones con el resto del grupo al que pertenece se ven afectadas, por la mala imagen que puede representar o por la pérdida de ánimo y valor en sí misma, lo que suele desembocar en el abandono de la

---

[4]Delgado, Sabino y otros. Riesgos psicosociales en el lugar de trabajo: aproximación teórica y marco legal en Uruguay http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-42212012000100007

[5]Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_220029.pdf

[6]Disponible en: http://www.aeemt.com/contenidos_socios/Recursos/Documentos_interes/NTP_854_INSHT_DEFINICION__ACOSO_PSICOLOGICO.pdf

víctima de su puesto de trabajo, e incluso podría, en caso extremo, llevar al agravamiento de enfermedades o al suicidio[7].

Desde la perspectiva del derecho comparado, se ha establecido que la víctima o el hostigador puede ser tanto un subalterno como un superior jerárquico o compañero del mismo nivel quien produzca el *mobbing*. Esta conducta activa tiene elementos volitivos que indican un mayor o menor grado de intencionalidad, inclusive, podrían tipificarse casos dolosos, cuando, en este último sentido, el trabajador acosador tiene conciencia de querer un resultado dañino para el sujeto que es víctima de tal conducta, esperando afectar o minar su integridad física o psíquica[8].

Así, tenemos a la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica que sostiene que el *mobbing* es un problema que afecta el corazón mismo de la relación laboral, causando problemas de efectividad, ejecución del trabajo, pero, sobre todo daño psicológico en la víctima. Según una Sentencia emitida por la Sala Segunda de Costa Rica, las características del acoso o *mobbing* laboral son: a) La intencionalidad: tiene como fin minar la autoestima y la dignidad de la persona acosada; b) La repetición de la agresión: se trata de un comportamiento constante y no aislado; c) La longevidad de la agresión: el acoso se suscita durante un período prolongado; d) La asimetría de poder: la agresión proviene de otro u otros quienes tienen la capacidad de causar daño; y e) El fin último, la agresión tiene como finalidad que el o la trabajadora acosada abandone su trabajo[9].

Como señala Molero, no existe en el ámbito jurídico una definición universalmente aceptada de lo que es el *mobbing*, ya que tanto la jurisprudencia como la legislación y doctrina comparada difieren en los elementos que deben conformarlo y en los supuestos a los que debe referirse. No obstante, lo cierto es que los derechos fundamentales de los trabajadores que se afectan por el *mobbing* son principalmente: el derecho a la dignidad y a la salud del trabajador, entendidos en su sentido más amplio.

Si bien es cierto que en el país no contamos con una definición específica de *mobbing,* sí contamos con una regulación referida a los riesgos psicosociales y biopsicosociales que contienen conductas que pueden ser consideradas *mobbing*. Veamos:

El artículo 56° de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, establece la obligación del empleador de prevenir los riesgos psicosociales:

---

[7]Ceballos, Raquel. Responsabilidad de empleadores y trabajadores frente al acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo subordinado. Pág. Disponible en: https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/.../912

[8]Ídem.

[9]Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_220029.pdf

> *"Artículo 56°. Exposición en zonas de riesgo*
> *El empleador prevé que la exposición a los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no generen daños en la salud de los trabajadores"*

Asimismo, el artículo 103° del Reglamento de la norma citada, define a los riesgos psicosociales:

> *"Artículo 103°. - De conformidad con el artículo 56 de la Ley, se considera que existe exposición a los riesgos psicosociales cuando se perjudica la salud de los trabajadores, causando estrés y, a largo plazo, una serie de sintomatologías clínicas como enfermedades cardiovasculares, respiratorias, inmunitarias, gastrointestinales, dermatológicas, endocrinológicas, músculo esqueléticas, mentales, entre otras.*
> *La sintomatología clínica debe sustentarse en un certificado médico emitido por centros médicos o profesionales médicos debidamente calificados."*

Adicionalmente, la Resolución Ministerial N° 375- 2008-TR, Norma Básica de Ergonomía y de Procedimiento de Evaluación de Riesgo Disergonómico, en el numeral 3.7., en el año 2008 ya definía como factores de riesgos biopsicosociales a:

> *"aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con el ambiente, la organización, el contenido del trabajo y la realización de las tareas, y que afectan el bienestar o a la salud (física, psíquica y social) del trabajador, así como al desarrollo del trabajo*."

En tal sentido, se puede concluir que, de acuerdo a la legislación vigente, el empleador está obligado a velar por la prevención de riesgos psicosociales y bio psicosociales y que, su incumplimiento, podría generar el pago de una indemnización por daños y perjuicios, dependiendo del caso concreto.

En consecuencia, para que se impute al empleador como responsable de daño a un trabajador por *mobbing*, deberá existir: **(i)** perjuicio en la salud de los trabajadores causando estrés y, a largo plazo, una serie de sintomatologías clínicas ó **(ii)** que el ambiente, organización, contenido del trabajo y la realización de las tareas laborales, afecten el bienestar o la salud del trabajador y al desarrollo del trabajo.

III. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPLEADOR

De acuerdo a lo antes expuesto, el incumplimiento del deber de prevención del empleador en relación a los riesgos psicosociales y bio psicosociales, puede generar responsabilidad civil del empleador en tanto se genere un daño al trabajador y se acrediten los elementos de la responsabilidad. En tal sentido, se puede inferir que, quien viola el principio civilista *neminem non laedere* que nos obliga, a vivir en sociedad, a comportarnos sin causar daño a otros y que, está obligado a responder. En tal virtud, se generaría no solo una responsabilidad de carácter laboral, sino inclusive civil y penal, de acuerdo a la intencionalidad y magnitud del daño[10].

No obstante, nos preguntamos *¿Siempre que se produzca el mobbing, será responsable civil el empleador?*

En nuestro país, la respuesta a la pregunta planteada resultaría afirmativa; ello de acuerdo a los criterios jurisprudenciales predominantes para determinar los daños derivados de incumplimientos de normas de SST; esto es que, el empleador siempre será responsable ante los daños a la salud producidos en el trabajo por riesgos psicosociales y/o biopsicosociales; pues, como señala Cieza de acuerdo a dichos criterios, se exige que el empleador sea diligente o un "buen padre de familia" en aplicación de la responsabilidad civil contractual objetiva[11]. Veamos:

> *"Décimo Primero: Respecto a establecer si la demandada en atención a la naturaleza de su actividad, incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales derivadas de las normas legales; en materia de seguridad y salud en el trabajo cabe analizar el factor de atribución de la responsabilidad. Al respecto el artículo 1319º del Código Civil establece que: "Incurre en culpa inexcusable quien, por negligencia grave, no ejecuta la obligación". En tal sentido, debemos entender que la culpa es toda violación de un deber jurídico, derivado de la falta de diligencia (negligencia) en el cumplimiento de las obligaciones provenientes de la ley. A su vez la negligencia, puede derivar de: una falta de revisión del resultado (in omittiendo) o una previsión errónea (in faciendo). En el primer caso el responsable no prevé las consecuencias, pudiendo y debiendo hacerlo; y en esto está su falta. En el*

[10] Ceballos, Raquel. Responsabilidad de empleadores y trabajadores frente al acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo subordinado. Pág. Disponible en: https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/.../912

[11] Cieza, Joyce. Criterios Predominantes en materia laboral al momento de determinar los daños derivados de un accidente de trabajo. Disponible en: https://osterlingabogados.app.box.com/s/kbd7708k9idzq26i46kgryj5f2dwcmof Es decir, si el empleador (deudor de la obligación) incumple la obligación será necesariamente responsable, salvo que ocurra una causa no imputable, como por ejemplo un hecho de fuerza mayor que impida, objetivamente, la ejecución de la obligación.

segundo caso sí prevé las consecuencias; pero confía con imprudencia o ligereza en que no se producirían. En ambos casos la culpa debe ser perjudicial al acreedor, para que por ella se responsabilice al deudor, pues no hay acción sin interés. En el presente caso las demandadas cometieron negligencia grave en tanto, conociendo del riesgo no tomaron las previsiones para disminuirlo o minimizarlo, a fin de evitar el accidente ocurrido, por ende, la imputación de la responsabilidad a la demandada se sustenta en la culpa inexcusable, prevista en el artículo 1319° del Código Civil.[12]."

"Décimo Octavo.- En consecuencia, el trabajador víctima de una enfermedad profesional puede invocar contra su empleador como factor de atribución, el dolo o la culpa inexcusable. En el caso que el trabajador no llegase a probar el dolo o la culpa inexcusable y el empleador no logre acreditar que actuó con la diligencia debida, funcionará la presunción del artículo 1329 del referido Código Adjetivo, considerándose que la inejecución de la obligación obedece a culpa leve y por ello deberá resarcir el daño pagando una indemnización" [13]

"(…) los factores de atribución, los cuales se encuentran constituidos por el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve, están previstos en los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil. El dolo debe entenderse en el sentido de la conciencia y voluntad del empleador de no cumplir las disposiciones contractuales sobre seguridad y salud en el trabajo. En cuanto a la culpa inexcusable, está referida a la negligencia grave por la cual el empleador no cumple las obligaciones contractuales en materia de seguridad laboral. En consecuencia, el trabajador víctima de una enfermedad profesional puede invocar contra su empleador como factor de atribución, el dolo o la culpa inexcusable. En el caso que el trabajador no llegase a probar el dolo o la culpa inexcusable y el empleador no logre acreditar que actuó con la diligencia debida, funcionará la presunción del artículo 1329 del referido Código Adjetivo, considerándose que la inejecución de la obligación obedece a culpa leve y por ello deberá resarcir el daño pagando una indemnización (…) El artículo 1321 del Código Civil señala que la indemnización por daños y perjuicios debe ser abonada por quien no ejecuta una obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, quedando comprendido dentro de estos conceptos el

[12] Casación N° 10491-2015-Junin.
[13] Casación N°17113-2015-Ica.

> *daño emergente y lucro cesante, en cuanto son consecuencia inmediata y directa de la inejecución de una obligación."*[14]

Respecto al factor de atribución, Beltrán Pacheco[15] advierte que, no debemos olvidar que el sistema de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones es, en nuestro país, de carácter subjetivo, es decir, sustentado en el dolo y la culpa, por lo que no podría argumentarse la existencia de una indemnización por el solo hecho de existir una violación a un derecho (aspecto objetivo de la lesión), en este caso, las normas sobre seguridad y salud en el trabajo en relación a los riesgos psicosociales y/o bio psicosociales. En tal caso, deberá acreditarse la diligencia con la que actuó el empleador, para que se le libere de responsabilidad**.**

Adicionalmente, cabe precisar que, de acuerdo a nuestra legislación civil no es suficiente que se acredite el daño, sino que exige la acreditación de la relación de causalidad entre el ilícito y el daño sufrido por el trabajador.

En efecto, respecto a la relación causal, acorde a las reglas de la responsabilidad civil, existen dos momentos: el evento (que sería el daño) y la consecuencia (que es el sufrimiento o el derecho no patrimonial afectado que se invoca). Conforme a lo dispuesto en los artículos 1321°, 1322° y 1985° del Código Civil, no sólo basta con acreditar el evento (daño), sino la consecuencia del mismo, así como la causalidad entre uno y otro[16]. En los sistemas del *civil law*, como el peruano, se han seguido diversas teorías, siendo una de las más adoptadas la de la causalidad adecuada. Según esta teoría, una causa es adecuada si la conducta u omisión era idónea para producir ese resultado, en función de la experiencia. Veamos como resuelve nuestra reciente jurisprudencia:

> *"Décimo (…) Conforme a lo anterior debe tenerse presente que el nexo de causalidad supone la vinculación que debe existir entre la conducta antijurídica del empleador (no cumplir con sus obligaciones legales o convencionales en materia de seguridad y protección) y el daño sufrido por el trabajador (accidente de trabajo) y que éste sea consecuencia además de la situación laboral o las labores realizadas habitualmente en el centro de trabajo y que además no concurra ninguna de las causales de fractura del nexo causal, conforme lo prevé el artículo 1327° del Código Civil; por lo que corresponde atribuir la responsabilidad a las demandadas por los daños irrogados.*[17]*."*

[14] Casación N° 13799-2016-Ica.
[15] Beltrán, Jorge Alberto, Diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 122 - noviembre 2008, El Silencio de los Inocentes. Los daños derivados de las relaciones laborales
[16] Colona, José. ¿Es Suficiente la Acreditación de un Despido Arbitrario para que se dé Lugar al Pago de una Indemnización por Daño Moral? Derecho &Sociedad N° 46. Pág. 331.
[17] Casación N° 10491-2015-Junin.

> *"Décimo Sexto.- El nexo causal viene a ser la relación de causa - efecto existente entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues, de no existir tal vinculación, dicho comportamiento no generaría una obligación legal de indemnizar. En el ámbito laboral, la relación causal exige, en primer lugar, la existencia del vínculo laboral; y en segundo lugar, que la enfermedad profesional se produzca como consecuencia de la ejecución del trabajo realizado en mérito a ese vínculo laboral. Para que exista nexo causal, es necesario que se pueda afirmar que el estado patológico del trabajador es una consecuencia necesaria de las circunstancias ambientales en que laboró; sin embargo, si se tratara de enfermedades no relacionadas con el trabajo no existiría posibilidad de reclamar indemnización alguna al empleador. (…)*[18]

> *"El nexo causal viene a ser la relación de causa - efecto existente entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues, de no existir tal vinculación, dicho comportamiento no generaría una obligación legal de indemnizar. En el ámbito laboral, la relación causal exige, en primer lugar, la existencia del vínculo laboral; y en segundo lugar, que la enfermedad profesional se produzca como consecuencia de la ejecución del trabajo realizado en mérito a ese vínculo laboral. Para que exista nexo causal, es necesario que se pueda afirmar que el estado patológico del trabajador es una consecuencia necesaria de las circunstancias ambientales en que laboró; sin embargo, si se tratara de enfermedades no relacionadas con el trabajo no existiría posibilidad de reclamar indemnización alguna al empleador."*[19]

Por otro lado, en lo que se refiere al *quantum* de la indemnización, los Jueces y Vocales Laborales en el país, concluyen que el deber de diligencia o del llamado "buen padre de familia" del empleador es sumamente exigente y acarrea por lo tanto costos de transacción muy elevados, situación que desincentiva la actividad económica de la que depende la remuneración y lo que ello implica para el propio trabajador.[20]

En efecto, hay quienes opinan que, en atención al principio de la unicidad de las instituciones jurídicas del Derecho peruano, se deben respetar los conceptos desarrollados en la responsabilidad civil, así los criterios de la probanza y el quantum de ser el caso, aun cuando el origen del daño se produzca en el marco de las relaciones laborales.

---

[18] Casación N°17113-2015-Ica.
[19] Casación N° 13799-2016-Ica.
[20] Cieza, Joyce. Criterios Predominantes en materia laboral al momento de determinar los daños derivados de un accidente de trabajo. Disponible en: https://osterlingabogados.app.box.com/s/kbd7708k9idzq26i46kgryj5f2dwcmof

Por otra parte, hay otros autores que opinan que-para sustentar la reparación del empleador ante el incumplimiento de normas sobre SST-, se debe recurrir a las normas del derecho común, o del Código Civil, para poder concretizar el pago de una indemnización -atendiendo a que no existe una norma específica que permita tasar el quantum indemnizatorio- consideran que, la atribución de la responsabilidad (factor de atribución) de parte del empleador tiene su principal sustento en los principios del derecho laboral. Esto implica que aquellas figuras que, en el derecho civil, permiten al deudor excluir su responsabilidad, en el caso del derecho del trabajo – como por ejemplo la negligencia del propio trabajador - no le serían aplicables; sino que servirían de atenuantes en la responsabilidad, permitiendo la disminución en el quantum indemnizatorio. Atendiendo a lo expuesto, señalan que la teoría de la responsabilidad laboral, permitiría explicar los motivos para la reparación y la aplicación de los elementos de la responsabilidad civil contractual y a la vez de la responsabilidad extracontractual. Toda vez que, en su opinión, se trata de un tipo de responsabilidad distinta a la civil propiamente, que tiene como principal sustento los principios del derecho laboral, y las obligaciones del empleador derivadas de su calidad como empleador en el contrato de trabajo[21].

Al respecto, y como se puede advertir de los precedentes judiciales analizados, resulta necesario determinar si, ante el incumplimiento de las normas sobre SST (que incluye lo referido a los factores psicosociales y biopsicosociales) se debe aplicar la responsabilidad civil en estricto, esto es acorde a las normas del Código Civil, o en todo caso, la "Teoría de la Responsabilidad Laboral", ello con la finalidad de que los justiciables puedan tener seguridad jurídica en los procesos que entablan.

IV. POSTULADOS DEL ANÁLISIS PSICOLÓGICO DEL DERECHO

Ante la Jurisprudencia descrita sobre incumplimiento de obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, nos cuestionamos sobre las motivaciones adicionales a los legales o extra legales, para la toma de dichas decisiones de parte de nuestros Magistrados.

Al respecto, Bullard cita un viejo proverbio chino señala que "los jueces deciden por diez razones, nueve de las cuales nunca nadie las sabrá" para explicar que, los Jueces deciden por muchas razones que desconocemos y que pueden tener más peso -incluso- que aquellas que nos hemos concentrado en estudiar[22]. Así, lejos de un análisis mecánico, el Juzgador resuelve un proceso por distintos factores. En efecto, diversos

[21] Acuña, Maria Elena. "Los límites de la responsabilidad del empleador en el pago de indemnización por daños y perjuicios por accidente de trabajo". Disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/8404/ACUNA_ARESTEGUI_MARIA_LOS%20LIMITES_DE%20LA%20RESPONSABILIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

[22] Bullard, Alfredo. "El árbitro es un animal racional: Apuntes sobre psicología, neurociencia y arbitraje". Análisis Psicológico del Derecho. Themis. 2018. Lima. pág. 37.

estudios han concluido que, dentro de un juicio de responsabilidad civil, los jueces se ven influenciados por los siguientes factores psicológicos que se relacionan entre sí[23]:

- Pensamiento contrafactual y mono causal, mediante el que muta ciertos eventos de una cadena para determinar cuál podría ser la potencial causa, favoreciendo explicaciones simples y únicas;
- Por el error de atribución fundamental, mediante el que atribuye causalidad a personas antes que a circunstancias y correlaciona características personales con conductas causales; y,
- Por la causalidad culpable, mediante la cual atribuye causalidad a conductas en base a cuan reprochable es el actor o sus motivos internos, pudiendo realizar atribuciones en base a estereotipos de diverso tipo.

Con ello no pretendo inferir que los Jueces son meramente emotivos o deban serlo, sino que, la aplicación lógica y razonada de la ley es indispensable y que, el componente emocional hace que el mero razonamiento tenga sentido como regla de convivencia humana[24].

En efecto, pues si nos vamos al otro extremo, puede ser que, por ejemplo, un ordenador tome mejores decisiones que una persona a la hora de emitir un veredicto, pero hay que plantearse si, como sociedad estamos preparados o debemos permitirlo pues estos programas carecen de sentimientos y no son capaces de valorar la situación y las circunstancias en las que ha tenido lugar un determinado suceso, lo que las deja en su papel de máquinas realizando un trabajo propiamente mecánico. En palabras de Kerr y Mathen, “un programa no tiene empatía, un juez debe convivir con la comunidad en la que ejerce su labor, sino todo proceso carecería de sentido (…) que un algoritmo consiga algo de manera más eficiente que las personas no significa que tengamos que eliminar el elemento humano”[25].

A sí tenemos que, los sentimientos pueden inclinar al Juzgador a responsabilizar y castigar con mayor o menor severidad al infractor[26] en el camino de saciar el deseo de la Justicia. Las investigaciones convergen en que el enojo, por ejemplo, surge principalmente cuando las personas atribuyen el daño a causas internas estables y controlables dentro de un perpetrador, produciendo fuertes inferencias de culpa. Como tal, se considera que la ira es la principal emoción asociada con los juicios de justicia[27],

[23] Iñiguez, Eduardo. “Abriendo la caja: El misterio de la causalidad en la responsabilidad civil”. Análisis Psicológico del Derecho. Themis. 2018. Lima. pág.165.
[24] Bullard, Alfredo. “El árbitro es un animal racional: Apuntes sobre psicología, neurociencia y arbitraje”. Análisis Psicológico del Derecho. Themis. 2018. Lima. pág. 36.
[25] Rodriguez, Noelia. “¿Es la empatía una virtud que deben tener los jueces?”. Análisis Psicológico del Derecho. Themis. 2018. Lima. pág. 154-155.
[26] De la Jara, José María y otros. “El Mono vengativo: Evolución biológica, ira y derecho”. Análisis Psicológico del Derecho. Themis. 2018. Lima. pág. 52.
[27] Ídem.

resultado el castigo en una respuesta esperada frente a aquellos individuos que actúan de manera negativa y no cooperativa en una comunidad[28].

V. JURISPRUDENCIA COMPARADA: RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR

Lo que es justo o injusto es un sentimiento antes que una idea claramente establecida y ese sentimiento explica porqué el Juzgador siente que tiene que hacer algo para corregir esta situación en cada caso concreto. En tal sentido, y aun cuando es necesario hacer justicia ante la vulneración de derechos fundamentales como es el derecho a la dignidad y a la salud del trabajador, responsabilizar *per se* al empleador de todo daño a la salud de los trabajadores, no resultaría justo y menos aún si consideramos que, en del concepto de riesgos psicosociales, bio psicosociales o *mobbing*, suelen participar uno o más trabajadores que generan el daño al trabajador víctima del *mobbing.*

En efecto, a continuación, cito jurisprudencia comparada en la que se ha resuelto sobre la responsabilidad del empleador en casos de *mobbing* laboral:

> *"(…) los hechos que le originaron el síndrome depresivo reactivo en periodo de estado moderado a grave, con ideas suicidas e intentos de suicidio, es producto directo de la presión y agresiones de los estresores de origen laboral, cuya responsabilidad es atribuible a la empleadora, y que en doctrina y jurisprudencia laboral se denomina indistintamente como "acoso psicológico en el trabajo", "acoso moral", "mobbing"*[29]*.*
>
> *"(…) el médico psiquiatra desarrolla en su pericia el concepto que denomina estrés laboral describiendo sus tipos: episódico y crónico (…) las labores que cumplía la accionante y el ambiente de trabajo como hostil, con persecuciones permanentes (…) se la castigaba mandándola al archivo, e un sótano, un lugar insalubre, sin ventilación, húmedo y contaminado por la presencia de líquidos cloacales, con una presión que duró cuatro años y las echaron a todas las empleadas más antiguas (…) y al preguntar porqué? Les contestaron: "por mal peinadas". Le cambiaban los horarios permanentemente, dependiendo de sus jefes. Estos le ofrecieron dinero para que renunciara"*[30]
>
> *"(…) sobre tal base, la prueba correcta y prolijamente analizada por el juez que me ha precedido no evidencia una situación de maltrato, repetitivo y sistemático, y mucho menos la finalidad*

[28] Ibidem (55)

[29] Corte Suprema de Mendoza, Acevedo Cariglio, Claudia vs Banco Suquía S.A. (28.11.2007)

[30] Cámara 6ta del Trabajo; Mendoza Puebla, Liliana vs Asociart (01.06.2009)

> *peyorativa antes indicada ni la relación de causalidad adecuada entre el grado de minusvalía que hizo saber el perito médico Psiquiatra… con los aseverados tratos hostiles. Estos elementos no surgen demostrados, siquiera de modo indiciario (…)"*[31]
>
> *"La acosadora vino manteniendo con el afectado una actitud de hostigamiento, gritándole con asiduidad, mofándose de él con imitación de algunos de sus gestos, machacándole y puteándole para ver si así se lo quitaba de en medio".*

Dicha sentencia fue recurrida por los inculpados, pero la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso de suplicación interpuesto, obligando el pago de una indemnización por 30.000 euros a favor de la víctima. [32]

Al respecto, importa precisar que, por ejemplo, en Colombia, el daño derivado de riesgos psicosociales siempre que sea causado por acciones u omisiones del empleador, le podrán generar la responsabilidad indirecta, quien responderá plenamente cuando ha infringido sus deberes de seguridad para con el trabajador que es la víctima (mientras que la responsabilidad directa, la asumirá el trabajador acosador).

VI. APUNTES FINALES

Es necesaria la regulación específica de violencia en el trabajo en el sentido más amplio, en el que se debería incluir el concepto de *mobbing* y, además establecer las medidas de prevención- a través de los convenios colectivos, prácticas, guías, procedimientos-, así como la responsabilidad, sanciones, etc., ello a efecto de que puedan ser aplicados oportunamente por el empleador.

Aun cuando no contamos con una definición de *mobbing*, la legislación vigente obliga a los empleadores a prevenir que las exposiciones a riesgos psicosociales[33] y bio

---

[31] Cámara Nacional de apelaciones del Trabajo, Sala X, Rojas Chamorro, Beatriz vs Audiotel S.A. (28.02.2011)

[32] El Juzgado de lo Social Nº 29 de Madrid (30.09.2005)

https://www.20minutos.es/noticia/132055/0/acoso/laboral/jefa/

[33] "Artículo 103° del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. - De conformidad con el artículo 56 de la Ley, se considera que existe exposición a los riesgos psicosociales cuando se perjudica la salud de los trabajadores, causando estrés y, a largo plazo, una serie de sintomatologías clínicas como enfermedades cardiovasculares, respiratorias, inmunitarias, gastrointestinales, dermatológicas, endocrinológicas, músculo esqueléticas, mentales, entre otras. La sintomatología clínica debe sustentarse en un certificado médico emitido por centros médicos o profesionales médicos debidamente calificados."

psicosociales[34] en el centro de trabajo; asimismo, a contar con un registro de riesgos psicosociales; por lo cual el incumplimiento a dichas normas puede generar la responsabilidad del empleador.

Nuestro ordenamiento legal establece que, para atribuir la responsabilidad civil del empleador es necesario que se cumpla con acreditar además del daño, el factor de atribución y la causalidad, no obstante, la jurisprudencia analizada concluye que solo bastaría que se cause el daño originado en el marco de la relación laboral para atribuirle responsabilidad al empleador y que, por ende, se genera *per se*, el pago de una indemnización a la víctima. Del análisis efectuado, se aprecia que es necesario realizar una interpretación congruente y sistemática de las normas referidas a la responsabilidad civil respecto de los empleadores en cada caso concreto[35], o en todo caso que se desarrolle y aplique la Teoría de la Responsabilidad Laboral.

Bajo ese contexto, y toda vez que la jurisprudencia peruana atribuye al empleador la responsabilidad civil ante el incumplimiento de normas sobre SST, en base a la responsabilidad objetiva, es imperativo que los empleadores implementen adecuadamente un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, lo cual no solo permitirá que los trabajadores realicen su trabajo en un ambiente saludable, sino que reducirá las contingencias al empleador y, por ende, costos del empleador.

Esta ponencia busca perfilar lo que creo que podría ser un camino al estudio de los riesgos psicosociales y bio psicosociales en la relación de trabajo y, además la responsabilidad civil del empleador derivado del incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

---

[34] Resolución Ministerial N° 375- 2008-TR, "3.7. factores de riesgos biopsicosociales *a aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con el ambiente, la organización, el contenido del trabajo y la realización de las tareas, y que afectan el bienestar o a la salud (física, psíquica y social) del trabajador, así como al desarrollo del trabajo."*

[35] Rodriguez, Noelia. "¿Es la empatía una virtud que deben tener los jueces?". Análisis Psicológico del Derecho. Themis. 2018. Lima. Pág.155. De acuerdo a las investigaciones realizadas en el ámbito psicológico se concluye que en el análisis sistemático de las sentencias judiciales, se ha puesto de manifiesto que estas contienen razonamientos informales, casi exclusivamente cognitivos, esto es que los sesgos cognitivos se originan en las limitaciones en las estrategias de procesamiento de información, jueces recurren a estas estrategias cognitivas que les permitan economizar a la hora de sentenciar, todo ello previsiblemente por la excesiva carga de trabajo que soportan.

COMENTARIOS A LA INCORPORACION DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN MATERIA LABORAL POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA

CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS*

I A MANERA DE INTRODUCCIÓN: LA ESTABILIDAD LABORAL (DE SALIDA) COMO MATERIA DE SUMO INTERÉS PARA NUESTRA JURISPRUDENCIA

La materia laboral, y en particular la estabilidad laboral (de salida) ha sido para nuestro Tribunal Constitucional (TC) y Corte Suprema un tema de gran interés que ha suscitado diversos pronunciamientos que, en los hechos, han modificado nuestra legislación. Nuestros Magistrados o Vocales Supremos han legislado en más de una ocasión, modificando las reglas de juego imperantes.

Nos referiremos brevemente al derecho a la estabilidad laboral antes de pasar revista a la jurisprudencia.

Noción de estabilidad laboral

Para entender al derecho a la estabilidad laboral[1] o estabilidad en el empleo, debemos referirnos al principio de continuidad laboral. El profesor Américo Plá afirma que: "para comprender este principio hay que partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto, sino que dura en el tiempo. La relación laboral no es efímera sino que presupone una vinculación que se prolonga"[2].

---

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú Socio Senior en Estudio Muñiz

[1] La estabilidad laboral comprende tanto la de entrada (preferencia por los contratos indeterminados) como la de salida (resistencia a admitir la terminación unilateral del contrato por voluntad del empleador). A la segunda nos referiremos en este acápite.

[2] Cf. PLA RODRIGUEZ, Américo. "Los Principios del Derecho del Trabajo". Editorial Depalma, Buenos Aires. Tercera Edición, 1998. p. 215.

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"[3].

En otras palabras, la estabilidad laboral de salida 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 59º), el empleador podrá despedir al trabajador de presentarse una causa justificada. (Artículo 22º 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")[4].

Para resumir el significado de este principio, es interesante una cita del profesor Alonso Olea, que el propio Plá toma como ejemplificadora del mismo: "*El contrato de trabajo es, por así decirlo, un negocio jurídico de extremada vitalidad, de una gran dureza y resistencia en su duración*[5]".

Al principio de continuidad se le atribuyen una serie de proyecciones como lo indica el maestro Plá[6], siendo la aplicable a la estabilidad laboral de salida la que consiste en la resistencia a admitir la rescisión unilateral el contrato, por voluntad patronal.

La regulación de la estabilidad laboral en nuestro ordenamiento tuvo un importante cambio con ocasión de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 pues se transitó de un reconocimiento expreso[7] a una remisión al legislador para el desarrollo de solamente un aspecto de la misma, la estabilidad de salida[8].

Respecto a la estabilidad de salida, ésta puede definirse como la protección al trabajador para que la terminación de su relación laboral ocurra por causas expresamente establecidas en la ley[9]. Doctrinariamente existen dos tipos de estabilidad, la absoluta, que contempla como protección reparadora frente a un despido incausado a la reposición y la

---

[3] ERMIDA URIARTE, Oscar. "La estabilidad del trabajador en la empresa ¿protección real o ficticia? Monografías jurídicas No. 4. Montevideo. Editorial Acali. 1983. p.| 17.

[4] Artículo 22º.- "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".

[5] ALONSO OLEA, Manuel. "Derecho del Trabajo", Madrid. 1974. p.118. Citado por PLA, op.cit. p.17.

[6] Plá, op.cit. p. 223.

[7] Artículo 48. 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.

[8] Artículo 27º.- "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

[9] Véase artículos 16 y siguientes de la LPCL.

relativa, cuya reparación es la indemnización, un seguro contra el desempleo, entre otras. La estabilidad relativa puede ser propia e impropia. Será propia cuando se declara judicialmente la nulidad del despido sin la reposición efectiva en el puesto de trabajo. Al declarar fundada la demanda, el juez concederá el pago de una indemnización más las remuneraciones devengadas por el período dejado de laborar (salarios caídos). Por otro lado, la estabilidad relativa será impropia cuando la protección frente a un despido arbitrario consista en el pago de una indemnización.

En concordancia con el mandato constitucional, el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR, en adelante "LPCL", regula en su artículo 16º las causas que originan la terminación de la relación laboral. Conviene precisar que en los artículos 23º, 24º y 25º se incorporan aquellas que originan el despido de un trabajador, quien para gozar de estabilidad en el empleo debe laborar cuatro o más horas diarias en promedio a la semana[10] y haber superado el período de prueba respectivo[11].Asimismo, en sus artículos 31º y 32º la LPCL contempla el trámite del despido relacionado con la conducta o capacidad del trabajador, en el cual se deberá respetar al Principio de Inmediatez.

Intervención jurisprudencial de la estabilidad laboral

Como recordaremos, el TC introdujo un gran cambio a nuestro sistema de protección contra el despido al generar primeramente doctrina jurisprudencial[12] y luego un precedente vinculante sobre la materia. Nos referimos a la sentencia recaída en el expediente Nº 0206-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por César Antonio Baylón

---

[10] Consideramos inconstitucional la exclusión legal de la jornada de trabajo, pues la Constitución de 1993 no restringe la protección contra el despido a quienes laboran durante una jornada diaria reducida.

[11] Como lo establece la LPCL en su artículo 10º: "*(…) El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.*
Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección (…)"

[12] Los pronunciamientos indicados son los correspondientes al proceso de Amparo seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú y Telefónica Perú Holding (Expediente N°1124-2001-AA/TC) y al expediente N°976-2001-AA/TC, proceso de amparo seguida por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A. En ellos el TC estableció una nueva tipología de despidos que habilitan al trabajador afectado a iniciar un proceso constitucional de amparo para obtener su reposición y ser así reparado en la lesión a su derecho constitucional al trabajo.

Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A., publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de diciembre de 2005[13].

En el citado precedente el TC dispuso que el proceso de amparo para cuestionar un despido procede en los siguientes supuestos:

(i) Ante un despido incausado, es decir, cuando no exista imputación de causa justa de despido, sea el despido verbal o escrito[14].

(ii) Ante un despido fraudulento, es decir, aquel en que se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente.

(iii) Ante un despido nulo. El TC se reafirma en lo expuesto en la sentencia recaída en el proceso seguido por Eusebio Llanos Huasco[15] (Expediente 976-2001-AA/TC), por lo que se mantiene la procedencia del proceso de amparo cuando un despido se base en los motivos prohibidos previstos en el artículo 29º de la LPCL, es decir, aquél despido basado en motivos antisindicales, fundado en el estado de gravidez de la trabajadora, como represalia por un reclamo contra el empleador iniciado por el trabajador, contra un trabajador por la posesión del VIH-SIDA, por su condición de discapacitado, entre otros motivos.

Cabe enfatizar que el Tribunal en pronunciamientos posteriores ha señalado que los trabajadores que ocupen puestos de confianza desde el inicio de su relación laboral poseen estabilidad relativa y tampoco pueden ser repuestos ante un despido sin causa justa[16], ni tampoco aquellos trabajadores que cobren su indemnización por despido arbitrario[17]. El personal de confianza podrá ser repuesto, a decir del TC, al cargo previo a

---

[13] Es pertinente precisar que el precedente recogido en la sentencia recaída en el Caso Baylón es de vinculación inmediata desde el 23 de diciembre de 2005, por lo que, según el TC, toda demanda que sea presentada y no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite e igualmente no reúnan tales condiciones, deberán ser declaradas improcedentes.
En cuanto a los procesos de amparo en trámite en materia laboral privada a la fecha de entrada en rigor del precedente, el TC ha establecido que los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley Nº 26636 (hoy Ley 29497), observando los principios laborales que se hubiesen establecido en su jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el TC ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales.

[14] Para el TC entonces, el trabajador que sea objeto de un despido incausado o arbitrario, podrá optar, entre recurrir a la vía judicial ordinaria demandando el pago de una indemnización o ante la vía procesal constitucional para su reposición en el puesto de trabajo.

[15] Esto se ve corroborado en el Fundamento 16 de la sentencia del Caso Baylón en la que se señala que: "(…) Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo el amparo será procedente por las razones expuestas considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos (…)"

[16] Entiéndase a través de un proceso de amparo. Véase caso Ricardo David Chávez Caballero contra el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), expediente N° 03501-2006-PA/TC, sentencia publicada el 28 de noviembre de 2007.

[17] Expediente No. 3052-2009-PA/TC, proceso de amparo seguido por Yolanda Lara Garay y otras contra el Gobierno Regional del Callao.

aquél que calificaba como de confianza, situación recientemente modificada por la Corte Suprema como se indicará en las líneas que siguen.

Justamente la Corte Suprema, en su Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral[18], acordó la competencia de los jueces laborales para conocer, en la vía ordinaria laboral, las demandas de reposición en las que se alegue que el cese obedeció a un despido incausado o a un despido fraudulento[19]. Este Pleno, contrario a la jurisprudencia del TC, parecía cambiar las reglas de juego pues, para la Corte Suprema, la vía ordinaria es un mecanismo idóneo e igualmente satisfactorio para tutelar al Derecho al Trabajo en los supuestos mencionados, incluyendo al despido nulo, por lo que se esperaba que las demandas de amparo en que se alegue que el cese se encuadraba en alguno de los casos citados debieran ser declaradas improcedentes[20].

Recapitulando entonces, no compartimos el criterio de la Corte Suprema de abrir la puerta a la reposición en casos distintos al despido nulo pues la LPCL no los contempla, aunque, si consideramos que la Corte ya tomó postura en ese sentido, el proceso de amparo, para cuestiona un despido deviene en improcedente.

---

[18] Realizado el 04 y 14 de mayo de 2012, con participación de los magistrados que conforman las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria, que resuelven los juicios laborales principalmente en casación.

[19] Discrepamos con la extensión de supuesto de reposición en sede laboral ordinaria efectuada por la Corte Suprema pues contraviene en forma expresa a la LPCL En efecto, como hemos visto, la readmisión en sede laboral únicamente se encuentra normativamente contemplada para los casos en que el despido es declarado nulo (lista taxativa- numerus clausus).

[20] Si la Corte Suprema ha fijado dicha posición, lo natural sería que los procesos de amparo sean declarados improcedentes, en tanto el proceso laboral, y en particular el abreviado, se erige como una vía idónea e igualmente satisfactoria para tutelar a la estabilidad laboral.

Lamentablemente el TC insistió y viene insistiendo en resolver procesos de amparo en los que se formulan pretensiones de reposición que pueden ser conocidas en la vía laboral complicando el panorama.

No debemos dejar de advertir que alguna sentencia del TC como la recaída en el expediente No. 3070-2013-PA-TC, el Tribunal parecía enmendar el rumbo, pero posteriormente ha mantenido su vocación de “laboralizar el proceso de amparo” o “amparizar el despido”. El TC en la indicada sentencia señaló que la vía ordinaria será igualmente satisfactoria al amparo si en un caso concreto se demuestra de manera copulativa el cumplimiento de los siguientes elementos:

- Que la estructura del proceso es la idónea para la tutela del derecho.
- Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada.
- Que no existe riesgo que se produzca irreparabilidad.
- Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

Siendo entonces que la finalidad de los procesos constitucionales es “reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación del derecho constitucional” (artículo 1 del Código Procesal Constitucional), el proceso abreviado laboral cuando la reposición se plantea como pretensión principal única asomaría como vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo para cuestionar un despido.

A través de posteriores sentencias la Corte Suprema, en más de una ejecutoria ha vuelto a poner sobre el tapete un antiguo criterio jurisprudencial que contemplaba la posibilidad de que el trabajador demande el pago de una indemnización por daños y perjuicios ante un despido arbitrario, en tanto el daño extrapatrimonial no se encuentra adecuadamente reparado con el pago de la indemnización tarifada prevista en el artículo 38 de la LPCL.

Efectivamente, para la Corte Suprema la indemnización por despido arbitrario regulada en la LPCL sólo cubre la pérdida económica del puesto de trabajo, mientras que la indemnización por daños y perjuicios prevista en el artículo 1321 del Código Civil[21], sanciona la inejecución de las obligaciones del empleador por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, en este caso el "daño moral".

A decir de la Corte Suprema, en la Casación No. 139-2014-LA LIBERTAD, al existir una "gran aflicción" o "sufrimiento pasible de indemnización a título de daño moral", acreditada por el demandante, procederá el pago de una indemnización adicional. De manera similar se resolvió la Casación No.5423-2014-LIMA, previa acreditación de la "conducta dañina, agravada por la actitud maliciosa del ex empleador"

En la Casación No. 699-2015 LIMA se ordenó el pago de la indemnización por daño moral a un Gerente que había previamente ganado judicialmente el abono de la indemnización por despido arbitrario. Para el Tribunal, ya no procedía indemnizar el daño emergente ni el lucro cesante. Equivocadamente se indicó que el despido arbitrario generaba *per se* el daño moral[22].

Luego, en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, llevado a cabo el 19 de octubre de 2016[23], los Jueces Supremos acordaron que "en los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral". También se pronunciaron sobre los daños

[21] Artículo 1321 del Código Civil.- "*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.*
Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

[22] Es más, la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 7095-2014-Lima ha estimado la pretensión de pago de una indemnización por daños y perjuicios a una trabajadora despedida durante el período de prueba en tanto la empresa demandada motivó su renuncia a un anterior empleo para incorporarse a trabajar en la misma, pero, alegando que se encontraba durante el indicado período, dio por culminado su vínculo laboral. Pronunciamiento a todas luces excesivo.

[23] Con la participación de los Jueces Supremos Integrantes de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente, Primera y Segunda Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

punitivos como veremos en el acápite siguiente. Cabe señalar que los Vocales acordaron que los daños debían probarse.

Posteriormente, en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional[24] nuevamente se reconoció la posibilidad de que el empleador indemnice al trabajador por daños y perjuicios, esta vez para compensar el padecimiento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por parte del trabajador. Notemos que en este Pleno se ratifica la condena por daños punitivos, pero en esta materia.

Como se habrá advertido de lo expuesto en este primer punto de la presente ponencia, no llama la atención que nuestros Magistrados del TC o de la Corte Suprema modifiquen las normas a través de sus pronunciamientos jurisdiccionales. Lo que resulta excesivo es que, a través de un Pleno Jurisdiccional, carente de fuerza vinculante, se haga lo mismo. Esto es lo que ha ocurrido con la incorporación de la noción de daños punitivos en nuestro sistema jurídico. En los siguientes acápites analizaremos brevemente la noción de daños punitivos, propia de la tradición jurídica anglosajona, luego describiremos cómo se incorporaron a nuestro ordenamiento, o al menos lo que se ha pretendido hacer, y finalmente manifestaremos nuestra posición al respecto.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS "DAÑOS PUNITIVOS" O *PUNITIVE DAMAGES*

Los daños punitivos o *punitive damages,* constituyen una institución propia del Derecho Anglosajón, cuya finalidad consiste en castigar o penalizar al causante de un daño. Por daños punitivos se entiende al mecanismo por el cual se condena a pagar una indemnización, la cual tiene como fin reparar la violación a los derechos de los ciudadanos, ocasionados ya sea por funcionarios del gobierno o por los particulares. En otras palabras, son las sumas de dinero que las Cortes exigen pagar no con fines indemnizatorios (compensatorios) sino como una sanción[25] con fines ejemplarizantes[26].

---

[24] Llevado a cabo los días 18 de setiembre y 02 de octubre de 2017, con la participación de los Jueces Supremos Integrantes de la Primera y la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

[25] Resulta interesante comentar que esta visión de los daños punitivos es la que recoge la mayoría de fallos norteamericanos que a su vez genera diversas críticas. Sin embargo, una segunda manera de definir los daños punitivos es de acuerdo a los conceptos desarrollados por el análisis económico del derecho, como un mecanismo necesario para que en ciertos casos se confirme el rol preventivo de un sistema inicialmente Compensatorio (AZAR DENECKE, José Ignacio. Los Daños Punitivos y sus posibilidades en el Derecho Chileno. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, 2009).

[26] García Matamoros, Laura Victoria, & Herrera Lozano, María Carolina. El concepto de los daños punitivos o punitive damages. Estudios Socio-Jurídicos, 5(1), 211-229. 2003. Último acceso el 26 de setiembre de 2018 desde: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100006&lng=en&tlng=es. p.213

Una definición clásica de los daños punitivos en el Common Law se refiere a que los mismos se conceden al reclamante por encima de la compensación de sus daños con el propósito de castigar al demandado, enseñándole con ello a que no cometa la infracción nuevamente y desincentivando a otros a que sigan su ejemplo[27]. Constituyen daños extra compensatorios[28].

Como finalidades de los daños punitivos se pueden enumerar a las siguientes:

- Punir graves inconductas: Se busca sancionar al trasgresor. Opera como mecanismo indirecto de salvaguardar la paz pública.
- Prevención: Se busca disuadir a otros posibles transgresores con la generación de un temor a la sanción, manteniéndose así el orden en la sociedad.
- Restablecer el equilibrio emocional de la víctima: Se pretende calmar los sentimientos heridos de la víctima[29].

La aplicación de los daños punitivos no se efectúa de manera automática, sino que deberá ser solicitada por la parte reclamante[30], a diferencia de lo que señalan nuestros magistrados, quienes indican que el Juez los puede fijar de oficio[31].

La doctrina señala que deben tomarse en cuenta tres aspectos a la hora de decidir la posibilidad de la aplicación de daños punitivos[32]:

(i) **Grave reproche subjetivo**: Existen algunos criterios, uno más estricto que los otros, para determinar los requisitos que se deben cumplir para la procedencia de la aplicación de daños punitivos:

a. La concepción dominante de los Estados Unidos señala que no cualquier acto ilícito puede ser objeto de daños punitivos. Resulta necesario la ocurrencia de algo más que una mera negligencia en la comisión de un daño. Deberán presentarse circunstancias agravantes en el causante del daño, como

---

[27] PROSSER, William Lloyd. The Law of Torts, 4th ed., Lawyer's edition, St. Paul, West. 1971. p. 9. Texto original traducido libremente al castellano: *"Such damages are given to the plaintiff over and above the full compensation for his injuries, for the purpose of punishing the defendant, of teaching him no to do again, and of deterring others form following his example"*.

[28] GOUDKAMP James & KATSAMPOUKA Eleni. Punitive Damages in Action. En: Oxford Business University Blog. https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/07/punitive-damages-action. Último acceso el 26 de setiembre de 2018

[29] García Matamoros, op. cit. p.215.

[30] La jurisprudencia anglosajona, donde reiteramos existe un gran desarrollo de los daños punitivos, reconoce que los mismos deben ser reclamados por la víctima (Tercer Circuito, Blesser vs. Lancaster County 609 Fsupp 485 (ED Pa. 1985), pero los Vocales en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional como lo veremos los reconocen de oficio, es decir, van más allá de sus pares del Common Law.

[31] Ver apartado siguiente.

[32] García Matamoros, op. cit. p.216.

"*temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia*[33]".

b. El criterio más flexible se encuentra en algunos pronunciamientos que permiten la aplicación del año punitivo a agentes causantes que cometan algún abuso en una posición de poder.

(ii) **Existencia de lesión y daño**: Al considerarse el daño punitivo como una multa de naturaleza privada con fines sancionatorios, éste puede ser reconocido aun cuando la cuantía del daño compensatorio sea mínima o inexistente. "*La penalidad tasada por el jurado se debe medir teniendo en cuenta la gravedad de la falta, el beneficio obtenido por el dañador, su condición económica y el propósito preventivo*[34]".

(iii) **Inaplicabilidad en materia contractual:** En principio, los daños punitivos no se pueden aplicar a incumplimientos en materia contractual, sin embargo, la jurisprudencia lo ha permitido en forma excepcional si " *(…) la conducta de la parte que provoca la ruptura contractual va más allá y es acompañada por otro agravio, configurando un tort*[35]".

Conviene poner en relieve, que el espíritu de los daños punitivos consiste en evitar que la indemnización se convierta en una ganancia ocasional para el demandante o que destruya completamente el futuro financiero del demandado, por lo que es necesario ponderar lo siguiente[36]:

- La naturaleza y la gravedad de la conducta del agente causante del daño.
- La sabiduría de aplicar castigos pecuniarios, de acuerdo con la solvencia económica de la parte culpable.
- El antecedente de los avisos disuasivos y la facultad de haberlos evitado.
- La naturaleza de la opresión infringida.
- El bienestar del causante.

Entonces, los daños punitivos son una suerte de plus a la compensación regular que puede recibir la víctima de un daño (daño emergente/lucro cesante/ daño moral) y que tiene su origen en el Derecho Anglosajón. Su importe será determinado por el Juez en cada caso concreto, debiendo ponderar los criterios indicados.

Importante comentar que la noción de daños punitivos no se encuentra exenta de críticas, siendo las más recurrentes las siguientes[37]:

---

[33] Ibidem.
[34] Ibidem.
[35] 16 Greenfield, Michael M., Consumers Transactions, The Foundation Press, Westbury, New York, 1991, p. 742
[36] García Matamoros, op. cit. p.217.

[37] García Matamoros. op. cit. p. 222.

(i) **Enriquecimiento sin causa:** El daño punitivo es un beneficio injustificado para la víctima, pues al obtener una indemnización que va más allá de los daños sufridos, se estaría enriqueciendo a expensas del penalizado.
(ii) **Seguridad jurídica:** La existencia de normas que pretenden regular la vida en sociedad de manera integral busca, entre otros efectos, generar seguridad jurídica y previsibilidad de las decisiones, lo cual se pone en duda si el juez tiene la posibilidad de actuar a su discreción fijando indemnizaciones por daños y ahora daños punitivos.
(iii) **Arbitrariedad** en la decisión judicial para fijar el monto, pues si bien se establece un tope, el monto menor al mismo se fija con total discreción por parte del Juez.

En el siguiente punto explicaremos cómo esta institución del Derecho Anglosajón se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico.

III. INCORPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA

La noción de daños punitivos en nuestro país no proviene de alguna norma jurídica sino de nuestra jurisprudencia, la cual a través de Plenos Jurisdiccionales Supremos los ha incorporado.

Esta medida resulta por lo demás polémica pues no ha existido un pronunciamiento jurisprudencial en tanto los Plenos Jurisdiccionales no constituyen jurisprudencia, ni mucho menos poseen carácter vinculante, al menos no desde un punto de vista jurídico. Al tratarse de una decisión de la Corte Suprema, el efecto práctico es que lo sean.

Podemos entender a los Plenos Jurisdiccionales como "*foros que propician la discusión y debate de los principales problemas relacionados al ejercicio de la función jurisdiccional. 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*[38]".

La base legal que sustenta dichos foros de reflexión la encontramos en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual dispone que "*los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial*".

Vemos que la norma señala que la finalidad de los plenos es concordar jurisprudencia. No dudamos que lo resuelto por un Pleno debería ser seguido por los

[38] Tomado de: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/. Acceso el 30 de setiembre de 2018.

Jueces de inferior jerarquía, pese a que técnicamente no se trata de pronunciamientos vinculantes. Sin embargo, resulta excesivo que a través de Plenos Jurisdiccionales se incorpore una categoría no contemplada en nuestro ordenamiento como son los daños punitivos.

Repasemos los Plenos Jurisdiccionales en los que se introdujo esta categoría al litigio laboral.

a. V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional: daños punitivos en caso de despido fraudulento o incausado

Este Pleno de la Corte Suprema se pronunció sobre la pertinencia del pago de daños punitivos por parte del empleador.

En efecto, los Jueces Supremos sostuvieron que los daños punitivos tienen como propósito castigar a quien produce un daño y disuadirlo, así como a otros posibles infractores de repetir la misma acción. Se trata de una sanción.

Constituye, de acuerdo con los Vocales Supremos, una suma por encima de aquella que corresponde a la reparación del perjuicio, otorgándose en los casos en que el acto causante del perjuicio ha estado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima, aplicándose entonces solamente "*al despido fraudulento y al despido incausado debido a su naturaleza principalmente vejatoria contra el trabajador*".

En cuanto a su cálculo, se fija como monto máximo una suma equivalente a la dejada de aportar por el trabajador, sea al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro sistema previsional al que esté obligado el demandante a pertenecer por mandato de ley.

b. VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional: daños punitivos en caso de accidente de trabajo

En este Pleno se acordó que el empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador.

Asimismo, en caso se reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma de dinero por daños punitivos, cuyo monto máximo será fijado con criterio prudencial por el juez, sin exceder el total del monto indemnizatorio ordenado pagar por daño emergente, lucro cesante o daño moral y atendiendo a la conducta del empleador frente al caso concreto.

De una revisión de ambos acuerdos plenarios advertimos lo siguiente:

- Los Jueces se adhieren a la teoría clásica de los daños punitivos, al señalar que su objetivo es castigar (sancionar) al agente productor del daño.

- También se considera su finalidad preventiva ("castigo a otros posibles infractores").

- Se condiciona la procedencia de los daños punitivos al hecho que el acto generador se ha encontrado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima. Este acto se derivará de un despido incausado o fraudulento o de la ocurrencia de un accidente de trabajo.

- Su otorgamiento se encuentra condicionado al reconocimiento de un monto indemnizatorio al demandante, por daños y perjuicios.

- Tratándose de los daños punitivos derivados de un despido incausado o fraudulento, el Pleno coloca un tope indemnizatorio equivalente a la suma dejada de aportar por el trabajador, sea al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro sistema previsional al que esté obligado pertenecer por mandato de ley.

- En cambios si los daños se derivan de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el monto debe fijarse por el Juez de manera con prudencia.

La Corte Suprema sustenta la nueva regulación en "una aplicación extensiva de los daños morales", al ser accesorios a aquellos.

Lo que viene son nuestros comentarios a este criterio incorporado por la Corte Suprema.

IV. INVIABILIDAD DE LA INCORPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS POR EL PLENO JURISDICCIONAL

(i) El resarcimiento del daño en nuestro ordenamiento no tiene como propósito fundamental sancionar a quien lo causa

Para entender la noción de daño punitivo, es relevante aclarar qué se entiende por daño en nuestro ordenamiento y cuáles son las maneras válidas de repararlo.

La doctrina especializada define al daño, desde una perspectiva jurídica, como la lesión que recibe una persona por dolo o culpa de otro, en un bien jurídico que le pertenece. Tal lesión genera una sensación desagradable por la disminución de ese bien,

es decir, de la utilidad que le producía, cualquiera fuese su naturaleza[39]. Existen dos tipos de daño: material o patrimonial y moral.

El daño material o patrimonial, nos dice Osterling[40], es aquél menoscabo que experimenta una persona. Aquél recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen, o indirectamente como consecuencia de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades.

Añade el autor[41] que la doctrina distingue el daño patrimonial en dos formas: "daño emergente" y "lucro cesante", siendo el primero "*la disminución del patrimonio ya existente; y el segundo, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto*". La indemnización debe comprender ambos aspectos, salvo que la ley estipule lo contrario.

Sin embargo, el daño no solamente es patrimonial, pues la persona puede sufrir atentados contra su integridad, salud mental y psicológica, el honor, reputación y demás bienes extrapatrimoniales[42]. Esto se conoce como daño moral, el cual, conviene aclarar, también puede ser padecido por las personas jurídicas.

Entonces, tenemos daños patrimoniales y extrapatrimoniales que pueden ser causados y que, sin duda deben ser reparados a través de una indemnización. En este punto resulta importante precisar que el daño moral en puridad es irreparable. A manera de ejemplo, "*si un hecho causa a una persona depresión severa, el daño ya ha sucedido, y por más que en un futuro pueda volver a estar equilibrada emocionalmente, no hay nada que se pueda hacer respecto a los momentos en los que estuvo bajo severa pena y angustia*"[43].

La regla como sabemos es que nadie está facultado jurídicamente para causar un daño a otro. La transgresión de dicha regla genera la obligación de reparar los perjuicios causados, sea que estos deriven del incumplimiento de una obligación contraída previamente (responsabilidad civil contractual), o "*que emanen de un hecho previsto por la norma jurídica y que viola un derecho absoluto que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado (responsabilidad extracontractual)*"[44].

39

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Fondo E ditorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 p.373.

[40]OSTERLING PARODI, Felipe. Indemnización por daño moral. En: http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf

[41] Ibidem.

[42]MILLÁN PUELLES, Antonio, Persona Humana y Justicia Social. Segunda Edición, Ediciones Rial p, S.A, Madrid, p. 20.

[43] OSTERLING, Indemnización por daño moral, loc cit. p.8.

[44] Ibidem, p.11

Vemos entonces que, de acuerdo a la doctrina, ante un daño (sea patrimonial o extrapatrimonial) se genera la obligación de resarcirlo, a través de una indemnización, la misma que tiene naturaleza compensatoria no punitiva.

Tratándose de inejecución de obligaciones, como lo sería el caso de un despido o la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, se debe resarcir de manera integral de la víctima tanto por daños patrimoniales como extrapatrimoniales[45]. Dicha compensación corresponde a los daños ocasionados y probados por la víctima, con el fin de resarcir el malestar causado como consecuencia del daño producido. Se busca indemnizar a las víctimas y ponerlas en la posición en que se encontraban antes de la ocurrencia del daño, ni mejor, ni peor.

En esa línea, "*tanto la indemnización de los daños materiales como la de los morales tiene un estricto carácter de reparación, al menos en el Derecho moderno: una y otra, en efecto, no se proponen inmediatamente imponer un mal al responsable, infligirle un castigo, sino tan solo procurar a la víctima una satisfacción o compensación de los daños que ha sufrido, en su patrimonio o en sus valores morales, a raíz del acto ilícito*"[46].

Sin embargo, no debemos dejar de mencionar que en la doctrina podemos encontrar una posición mixta, la cual señala que la indemnización del daño moral puede revestir un doble carácter: (i) resarcitorio para la víctima y (ii) de sanción para el agente del ilícito que se le atribuye[47].

Entre los autores nacionales, Espinoza[48] clasifica las funciones de la responsabilidad civil en satisfactiva (respecto a la víctima) sancionadora (en relación al agresor) y disuasiva o incentivadora de actividades (respecto a la sociedad). Esta visión, al igual que lo afirmado en el párrafo previo, tampoco apunta a generar una indemnización

---

[45] Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable
Artículo 1321.- "*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída".

Indemnización por daño moral
Artículo 1322.- "*El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento*".

[46] ORGAZ, Alfredo. El Daño Resarcible, Editorial Omeba, Buenos Aires, 1960 pp. 230 y 231.

[47] OSTERLING, loc.cit.

[48] ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, Tercera Edición, 2005 p. 50.

adicional, sino que otorga este carácter sancionador a la propia indemnización por daño moral.

Entonces, podemos concluir que la posición más coherente con la obligación de reparar los daños que se ocasionen es considerar que la indemnización por daños ejerce una función primordialmente compensatoria de la víctima, y que en forma accesoria sanciona al agresor y disuade a la colectividad de incurrir en tales prácticas. Pero ello no supone disponer el pago de una indemnización adicional por parte de un Juez que conozca de este tipo de casos.

Nuestro ordenamiento jurídico se adscribe a la posición compensatoria de la indemnización por daños y así lo reconoce Castillo al afirmar que, "*(…) salvo en materia de cláusulas penales, las indemnizaciones no tienen —dentro del Derecho Nacional— otra finalidad que la resarcitoria. Es decir, dentro del Derecho Nacional, no cabe pensar en una indemnización de carácter punitivo, o que tuviera finalidad distinta a la de tratar de compensar al perjudicado por los daños y perjuicios sufridos, con un monto indemnizatorio que revierta su situación patrimonial o moral. Ello, salvo que estuviésemos hablando de una indemnización derivada de una cláusula penal, en donde el monto indemnizatorio, además de cumplir una eventual función resarcitoria, sin duda podría tener una función punitiva, o una función disuasiva o incluso una función conminatoria. Es más, cuando hablamos de una indemnización objeto de una cláusula penal, podríamos llegar al extremo de que esa indemnización no resarza, en estricto, ningún daño ni ningún perjuicio, por la sencilla razón de que no se haya producido daño o perjuicio alguno*[49] *(…)*" (subrayado nuestro).

En conclusión, si nuestro ordenamiento jurídico no contempla al daño como castigo, resulta equivocado incorporar una categoría punitiva o sancionadora del agente agresor. Ello es incompatible con nuestra tradición jurídica.

Y, si en algún momento se tomase la decisión de efectuar tal incorporación, se requeriría por lo menos una norma con rango legal que de manera expresa lo haga.

(ii) La incorporación de los daños punitivos en nuestro sistema a través de un Pleno Jurisdiccional es inconstitucional: Infringe Principio de Legalidad, debido proceso, así como la separación de poderes

La determinación de los daños punitivos es inconstitucional pues quiebra el Principio de Legalidad penal reconocido en la Constitución de 1993.

[49] CASTILLO FREYRE, Mario. Valoración del daño. Alcances del artículo 1332 del Código Civil. p.3. En: https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/valoracion_del_dano_alcances_del_articulo_1332.pdf. Último acceso el 28 de setiembre de 2016.

En efecto, la Constitución, en su artículo 2 inciso 24 literal d señala que, "*d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley" (subrayado nuestro).*

Esto supone que debe existir una norma con rango de ley que establezca la pena, el castigo, no siendo admisible su determinación a partir de un pronunciamiento de nuestros Magistrados Supremos.

Al respecto, Muñoz Conde señala que al principio de legalidad también se le puede denominar como el de intervención legalizada en tanto constituye un límite al poder punitivo estatal, pues se impone una obligación al Estado de intervenir en temas penales empleando únicamente como instrumento a la ley[50].

Sobre el Principio de Legalidad, el TC en el expediente No. 2758-2004-HC/TC ha señalado que: "*(...) se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. (...)*" (subrayado nuestro).

Entonces, incorporar una sanción a través de una decisión judicial, que inclusive no constituye jurisprudencia pues no resuelve un caso concreto, infringe nuestra Constitución al atentar no solamente contra el Principio de Legalidad sino también contra el debido proceso de la parte demandada, en este caso el empleador.

Si el Pleno, está fijando de manera inconstitucional una sanción, consideramos que se condena a aquellos fallos que sigan este criterio a su nulidad.

Otro vicio de inconstitucionalidad que detectamos es que al disponer el pago de daños punitivos los Jueces están regulando al crear esta nueva pena cuando esa no es su función sino del Poder Legislativo o del Ejecutivo, pero de manera delegada.

La potestad normativa supone la facultad de crear, modificar o extinguir normas jurídicas. El Poder Judicial tiene potestad normativa negativa (deroga normas de nivel reglamentario a través de la acción popular) con eficacia erga omnes y potestad normativa positiva con eficacia restringida (directivas y reglamentos internos), aunque estos últimos más que normas califican como actos administrativos.

[50] MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho Penal, BOSCH Casa Editorial S.A., Barcelona 1975, pp.79 y 80.

La potestad de dictar normas de carácter general es atributo del Congreso de la República. Si bien no es exclusiva porque el Presidente de la República está facultado para emitir normas a través de Decretos Legislativos o Decretos de Urgencia, sus decisiones se encuentran sometidas a la aprobación del Congreso. Los Jueces no pueden emitir normas, mucho menos a través de un Pleno Jurisdiccional que no es vinculante.

(iii) Nuestro sistema de reparación de daños derivados del despido que considera a la indemnización legal como mecanismo de reparación es acorde con la Constitución por lo que no cabe considerar una indemnización por daños punitivos

Con la entrada en vigencia de la Ley No. 26513 el año 1995, y antes en forma incipiente con el Decreto Legislativo No. 728, Ley de Fomento del Empleo, contando además con el respaldo constitucional a partir del texto de 1993, el sistema de protección contra el despido arbitrario contemplado en el ordenamiento laboral peruano pasa a privilegiar al pago de una suma dineraria como reparación ante un despido arbitrario frente a la readmisión en el empleo.

Previamente, la vigente Ley No. 24514 recogía un esquema de reparación contra el despido arbitrario que trasladaba al trabajador afectado la potestad de decidir si optaba por la reposición o por el pago de una indemnización especial, más, en ambos casos, las remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo en que se encontró despedido.

La Ley de Fomento del Empleo (LFE) en su versión original mantuvo el sistema de protección anotado hasta que fuera modificada por la Ley 26513, la cual estableció que la indemnización por despido arbitrario tarifada era la única reparación contra el despido arbitrario. Esta versión de la LFE es la que se mantiene en la actualidad, pero recogida en la LPCL.

En efecto, los artículos 34º y 38º de la LPCL disponen que si el despido no se basa en causa justa (incausado) o el empleador no puede demostrarla ante un cuestionamiento judicial por parte del trabajador (injustificado), éste tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones, **como única reparación**. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda.

Excepcionalmente, de lesionarse algún derecho constitucional, como la libertad sindical, o la igualdad, de acuerdo a las causales taxativas establecidas en el artículo 29º de la LPCL[51], el trabajador podrá demandar la nulidad de su despido. De ampararse su

[51] Estas causales son:
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

demanda, el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización señalada en el artículo 38 de la LPCL. Adicionalmente, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes, así como los depósitos correspondientes a la Compensación por Tiempo de Servicios y, de ser el caso, con sus intereses. (Artículos 34º segundo párrafo y 40º de la LPCL).

En nuestra opinión, el modelo de protección contra el despido previsto en la LPCL no resulta contrario a nuestra Constitución[52] pese a admitir al despido incausado pues lo sanciona con una indemnización. Para la LPCL la tutela es resarcitoria ante un despido incausado y restitutoria tratándose del despido nulo.

Advirtamos que la indemnización como reparación contra el despido injustificado o incausado guarda coherencia con el Protocolo de San Salvador, cuyo artículo 7 textualmente señala que, "*(…) d) (…) En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o la readmisión en el empleo o cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional (…)*". (subrayado es nuestro).

Inclusive, el Convenio No. 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, no ratificado por nuestro país pero que posee condición de recomendación, contempla en el artículo 10 a la indemnización como reparación ante un despido injustificado, señalando textualmente que, "*(…) 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***

---

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 Articulo 25 de la LPCL, es decir, la injuria y faltamiento de palabra en agravio del empleador, sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores).

d. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.

e. El embarazo si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.
Adicionalmente, de conformidad con el artículo 6º de la Ley Nº 26626, es nulo el despido laboral cuando la causa es que el trabajador sea portador del VIH /SIDA.

[52] La Constitución de 1993 señala en su artículo 27 que "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". Esta disposición recoge un "derecho de configuración legal", es decir, existe una remisión al legislador para que éste sea quien determine cuál es el nivel adecuado de protección contra el despido.

ordenar el pago de una indemnización adecuada *u otra reparación que se considere apropiada (…)*". (énfasis nuestro).

En esa medida, en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993[53] puede entenderse que el derecho a la adecuada protección contra el despido previsto en su artículo 27 comprende a la indemnización como reparación ante el mismo (eficacia resarcitoria).

Esta indemnización tiene como finalidad resarcir al trabajador por aquellos daños derivados de la extinción de su vínculo laboral de manera no tolerada por nuestro ordenamiento[54]. En nuestra opinión incluye todo daño, por lo que no cabe plantear una indemnización por daño emergente o lucro cesante ni mucho menos daño moral. Huelga decir que en este esquema el pago de una compensación por daños punitivos es impensable.

Lamentablemente, nuestra judicatura, tanto constitucional como laboral, se ha apartado de este criterio, generando nuevas fórmulas que generan innecesaria inseguridad jurídica.

V. CONCLUSIONES

De acuerdo a la información contenida en el Reporte Global de Competitividad del World Economic Forum 2017-2018[55] el Perú ha caído al puesto 72 (del 67) en el índice de competitividad respecto a 137 países. La regulación laboral restrictiva es considerada como uno de los factores que complican la realización de negocios en nuestro país[56].

Uno de los pilares que soporta dicha medición es el denominado "eficiencia del mercado laboral", dentro del cual se evalúan las prácticas de contratación y despido, ubicándonos en el puesto 129 de 137 países, en este aspecto.

Si aterrizamos este indicador y su resultado en nuestra realidad veremos que la mala práctica (por lo menos en términos de competitividad) en materia de despido no es gratuita, pues no en todos los casos obedece a un desconocimiento o deficiente asesoría legal que recibe el empresario. En nuestra opinión, el marco jurídico que se aplica a la decisión de despido influye enormemente y, como sabemos, en nuestro país no existe predictibilidad ni mucho menos flexibilidad.

---

[53] Cuarta. - Interpretación de los derechos fundamentales
Las normas relativas a los derechos y 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.

[54] Vid. Cas. Lab. 3002-2012-Junín.

[55] El reporte completo puede revisarse en: http://www3.weforum.org/docs/GCR2017-2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2017%E2%80%932018.pdf. Acceso el 30 de setiembre de 2018.

[56] Fuente: World Economic Forum, encuesta de opinión ejecutiva, 2017.

Como se ha visto en la introducción de este trabajo, existe una multiplicidad de consecuencias legales para el empleador que puede ocasionar un despido y que no se derivan de una regla jurídica clara sino de la opinión de la judicatura, que inclusive a partir de sus pronunciamientos han modificado a la normativa. Lamentablemente algunos jueces no se ponen en el lugar del empleador al momento de resolver y emiten pronunciamientos alejados de la realidad que justamente incentivan la contratación precaria (no laboral, laboral con menos derechos o temporal no causal) y el endurecimiento en las relaciones laborales (más sanciones, menos tolerancia a la comisión de faltas).

La indemnización por daños punitivos "legislada" en Plenos Jurisdiccionales contribuye a ese puesto 129 y sin duda desincentiva la inversión, la cual es fundamental para generar empleo. No entendemos las razones por las que se importó una figura del Derecho Anglosajón sin mayor análisis.

Si la finalidad es castigar al agresor, esa no era la vía. Nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil no acoge dicha finalidad, por lo que la decisión judicial se equivoca. Los Plenos Jurisdiccionales al recoger la noción de daños punitivos, generan una infracción constitucional pues quiebran el Principio de Legalidad, debido proceso y separación de poderes.

Inclusive los daños punitivos tampoco están exentos de cuestionamientos en el *Common Law,* pues se critica la generación de enriquecimiento indebido en la víctima, su atentado contra la seguridad jurídica y la arbitrariedad. Vemos que la teoría que se ha importado no carece de detractores.

¿Qué es lo que puede ocurrir para que el criterio varíe? Resulta difícil que los Jueces Supremos modifiquen su acuerdo plenario, pero nada impide que los Jueces de menor jerarquía se aparten del mismo, justificando su decisión y que, eventualmente un caso de este tipo llegue al Tribunal Constitucional (TC), el cual podría sentar un criterio jurisprudencial distinto. A la fecha todas son especulaciones, lo que resulta concreto es el efecto que este tipo de acuerdos tiene sobre quienes apuestan por invertir en nuestro país, pues el panorama se complica.

Finalmente, y a diferencia de lo que esperan quien emiten pronunciamientos o criterios judiciales como los señalados en este trabajo, creemos que su contenido no incentiva a los empleadores a contratar a su personal en forma indeterminada. El efecto es el contrario. Si es más complicado despedir, en vez de contratar de manera indeterminada, el empleador preferirá saturar el mercado con contratos temporales, intermediación, tercerización, honorarios profesionales, etc., en vez de emplear contratos indeterminados pues en razón a la enorme cantidad de sentencias emitidas a la fecha, es sumamente complejo dar por terminada su relación laboral.

LA AÚN NO ARTICULADA NI UNIFORME JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LAS RELACIONES LABORALES

CARLOS ALBERTO QUISPE MONTESINOS[1]

El significativo incremento de las controversias judiciales derivadas de pretensiones de pago de resarcimientos por daños y perjuicios por inejecución de obligaciones laborales, ha generado la expedición de una profusa jurisprudencia en la que no se advierten, todavía, criterios consolidados ni uniformes en los distintos niveles de la magistratura laboral.

Los jueces de trabajo, habituados a resolver pretensiones en las que se exige la ejecución de prestaciones laborales incumplidas (por ejemplo, el pago de remuneraciones y beneficios sociales) o de restitución frente a comportamientos lesivos (por ejemplo, reposición frente al despido o el cese de actos de hostilidad), desde hace algunos años vienen lidiando con controversias en las que deben determinarse resarcimientos por prácticamente todo incumplimiento de una prestación derivada de la relación laboral.

Esta novedad en el tipo de controversias a resolver (hasta hace aproximadamente 10 años, los resarcimientos se exigían, fundamentalmente, por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), unido a la naturaleza "civil" de la institución de la responsabilidad civil, ajena a la especialidad de los jueces de trabajo, podría explicar la carencia de uniformidad en los conceptos y criterios empleados en los distintos órganos jurisdiccionales laborales para abordar este tipo de conflictos.

En las líneas siguientes analizamos tales criterios a partir del contenido de distintas sentencias casatorias y plenos jurisdiccionales expedidos por la Corte Suprema, en las que se vienen trazando las líneas interpretativas en esta materia.

---

[1] Profesor de Derecho del Trabajo en los posgrados de la USMP y la UPC. Consultor de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados

I. LA COMPETENCIA DEL JUEZ

La anterior ley procesal del trabajo, Ley N° 26636, reguló ambigua e incompletamente la competencia del juez laboral en la materia. Fue una interpretación sistemática, efectuada por la judicatura, la que permitió aceptar la habilitación legal de los juzgados laborales para resolver tal tipo de controversias judiciales. La referida interpretación se consolida en el Pleno Jurisdiccional Laboral desarrollado en la ciudad de Tarapoto el año 2000, en el que, a partir de la regulación prevista en el artículo 4, numeral 2, literales c) y j) de la Ley N° 26636, se concluye que: *"Es competencia de los jueces de trabajo conocer y resolver las demandas de indemnización por daños y perjuicios originadas por el incumplimiento de las obligaciones de trabajo".* Ello, fue ratificado en el Pleno Jurisdiccional Laboral de la ciudad de Lima del año 2008, en el que se expresó que: *"El juez laboral es competente para el conocimiento de las acciones de indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo".*

Es la Ley N° 29497 - Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), la que, a partir del año 2010, define claramente, en su artículo 2, numeral 2, literal c), que los jueces especializados de trabajo son competentes para conocer los procesos con pretensiones en materia de "*responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación de servicios"*.

Por si, a pesar de la referida previsión legislativa, persistiera alguna duda sobre la competencia del juez de trabajo, en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral (2012), se acordó que los jueces laborales *"conocerán de las demandas por daños y perjuicios por responsabilidad contractual tanto por daño patrimonial, que abarca el lucro cesante y el daño emergente, como por daño moral…".*

Definida la competencia del juez laboral para resolver las controversias de resarcimiento por daños y perjuicios derivadas de las relaciones laborales, una siguiente situación problema que se vislumbró fue si ella comprende tanto a los casos de responsabilidad civil contractual o por inejecución de obligaciones y a los de responsabilidad extracontractual o aquiliana[2], o si solamente se restringe a la primera de estas.

Al respecto, en la casación laboral N° 9693-2014 Arequipa se ha indicado lo siguiente: *"Los juzgados Especializados de Trabajo son competentes por razón de la materia de conocer en proceso ordinario laboral, las pretensiones sobre indemnización por daños y perjuicios ocasionados por responsabilidad contractual. En consecuencia,*

[2] La responsabilidad contractual o por inejecución de obligaciones presupone la existencia de una relación jurídica sustantiva o vínculo de orden obligacional entre la víctima y el causante (normalmente el responsable) del daño. La responsabilidad extracontractual o aquiliana no requiere la existencia de tal relación jurídica previa. Ver: Taboada Córdova, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Grijley, Lima, 2003, p. 29 - 31

cuando sea de naturaleza extracontractual, deberá ventilarse en la vía procesal civil, a fin de que se sustancie la controversia de acuerdo a las reglas fijadas en dicho proceso".

Sin embargo, en la casación laboral N° 16050 -2015 Del Santa, se señala que *"la obligación de indemnizar del empleador (…) puede ser analizada desde dos vertientes, esto es desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual (…); o también desde la perspectiva de la responsabilidad civil originada por inejecución de obligaciones".* Añade, este mismo pronunciamiento, que *"se colige que aun tratándose de daños ocasionados dentro de la relación laboral, estos pueden generar responsabilidad extracontractual cuando emanen del ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa".*

Es decir, contradictoriamente, la misma sala constitucional y social de la Corte Suprema que niega la competencia del orden jurisdiccional laboral para abocarse a controversias en las que se intenten resarcimientos derivados de responsabilidad extracontractual, termina pronunciándose sobre ellos atribuyendo tal tipo de responsabilidad al empleador demandado.

En tanto que un vínculo laboral presupone la existencia de una relación jurídica sustantiva entre un trabajador y un empleador (en la que existen prestaciones sinalagmáticas de una para con la otra parte), es natural que la responsabilidad civil que se derive de ella tenga el carácter de "contractual". Consideramos, entonces, que en las dos casaciones mencionadas los hechos califican como situaciones de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y que la sala suprema, incorrectamente, los considera como propios de la responsabilidad aquiliana[3].

En otro aspecto, propio del tema que nos ocupa bajo este acápite, es destacable que se haya reconocido la competencia de los jueces laborales para conocer procesos de resarcimientos por daños y perjuicios derivados de relaciones laborales comprendidas en el régimen laboral público. Así, en la casación laboral N° 12882-2013 Lima se ha señalado: *"… aun cuando las vías del proceso ordinario y abreviado laboral se encuentran reservadas únicamente para la tramitación de aquellos trabajadores adscritos al régimen laboral privado (…) existe la posibilidad de que en vía del proceso ordinario laboral se tramiten pretensiones como la del presente caso, aun cuando se trate de un servidor público cuyo régimen laboral se encuentre regulado por el Decreto Legislativo N° 276".*

El artículo 5 de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo (cuyo TUO ha sido aprobado por el D.S. N° 013-2008-JUS) exige que la pretensión de indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnable sea conocida en la vía del proceso contencioso administrativo, siempre y cuando se plantee acumulativamente a otras pretensiones por las que se cuestionen decisiones de una autoridad administrativa. Ello,

[3] En el primero de los casos (Cas. Lab. N° 9693-2914 Arequipa) el daño se habría derivado de una reanudación tardía de una relación de trabajo con una entidad estatal y en el segundo (Cas. Lab. N° 16050- 2015 del Santa) de un accidente de trabajo, lo que determina, en ambas situaciones, el carácter contractual de la responsabilidad atribuida.

ciertamente, implica una limitación para el trabajador que solamente exija un resarcimiento a su empleador sin impugnar algún acto administrativo. Ante ello, la Corte Suprema, con buen criterio, a través del pronunciamiento reseñado en el párrafo anterior, ha viabilizado el derecho de acceso a la justicia[4] para que puedan concretarse, en el ámbito de la justicia especializada laboral, reparaciones derivadas de la inejecución de obligaciones emanadas de una relación laboral de derecho público.

Finalmente, es indudable que el juez de trabajo es competente para resolver las pretensiones resarcitorias planteadas por los empleadores contra sus trabajadores, pero en atención a que la quinta disposición complementaria de la NLPT prevé que la conciliación administrativa es facultativa para el trabajador y obligatoria para el empleador, ¿debe este último, previamente a exigir judicialmente un resarcimiento a un trabajador suyo, recurrir a la conciliación ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo? En la casación laboral N° 14381-2017 Lima se ha respondido *"que si bien la legislación procesal precisa de la exigencia del empleador para la conciliación administrativa, no ha previsto, de manera expresa, que ella deba constituirse como un requisito de procedibilidad de la demanda".* Creemos que esta posición, antes que sustentarse en la literalidad de la norma referida, se explica por el reducido éxito de la conciliación ante este tipo de situaciones, por lo que no tendría mayores efectos prácticos considerarla como un requisito de procedencia de la demanda, lo cual nos parece correcto.

II. LA NOCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La Corte Suprema, seguramente con una intención pedagógica, previamente a pronunciarse sobre determinados casos específicos que le corresponden resolver, ha optado por desarrollar ciertos conceptos de la responsabilidad civil.

Así, en la casación laboral N° 4258-2016 Lima ha señalado que *"la responsabilidad civil persigue indemnizar los daños causados por el incumplimiento de una obligación nacida de un acto voluntario o por la violación del deber genérico impuesto por la ley de no dañar los bienes jurídicos de terceros con quienes no existe relación jurídico contractual alguna".* La definición alude a los dos tipos responsabilidad civil: La denominada contractual y la extracontractual. Sin embargo, la definición es limitada e, incluso, inconsistente con la propia línea desarrollada por la suprema corte.

Ello es así porque, asumiendo una concepción basada en la culpa, señala al "incumplimiento" como la fuente generadora de la responsabilidad contractual. Sin embargo, existen varios pronunciamientos en los que la responsabilidad no se ha determinado en base a la constatación de la infracción de alguna obligación específica. Así, por ejemplo, en la casación laboral N° 1114-2016–Ica se ha establecido la existencia de un *"presunción de responsabilidad patronal por las enfermedades que el trabajador*

[4] Mediante este derecho se garantiza a las personas el acceso a un tribunal de justicia para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (STC 010-2001-AI, fundamento jurídico 10).

adquiera en su centro laboral". Del mismo modo en la propia casación laboral N° 4258-2016 Lima ha fijado doctrina jurisprudencial en el sentido que *"probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo, debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención, hecho que genera la obligación patronal de pagar a la víctima o a sus derecho habientes una indemnización".* Y así, en muchas otras sentencias, en las que no ha sido la identificación de un incumplimiento específico la que ha determinado la responsabilidad del empleador, sino la mera constatación del perjuicio.

Por lo tanto, el concepto construido por la Corte Suprema no necesariamente es aplicado por ella misma cuando se determina al responsable del daño.

Merece también reparar en que de acuerdo al concepto reseñado, la obligación incumplida nacería de un acto voluntario. Ello que es propio del Derecho Civil no es tan exacto en el ámbito del Derecho del Trabajo, en el cual *"salvo contadas excepciones, los beneficios sociales cuantitativos siempre han sido creación estatal ante un reclamo social: muy pocas veces surgieron como producto de un acuerdo"*[5]*.* Sabido es que la principal fuente de las obligaciones en nuestra disciplina es la ley y la mayor parte de las controversias de resarcimientos se generan por el incumplimiento de ella, antes que por la inobservancia de alguna prestación generada a partir de la común voluntad de las partes.

En cuanto a la referencia citada que *"la responsabilidad civil persigue indemnizar los daños causados",* evidencia una concepción restringida de los fines de la responsabilidad civil, limitándola a la denominada función satisfactiva o compensatoria por la cual se pretende satisfacer o resarcir a la víctima por los daños causados.

En referencia a las funciones de la responsabilidad civil, Fernández Cruz[6] identifica:

a) Función preventiva, dirigida a inducir a los potenciales causantes de daños a adoptar los medios de seguridad necesarios para evitar la posible renovación de conductas dañosas;
b) Función compensatoria, destinada a garantizar un adecuado resarcimiento a favor de la víctima; y
c) Función punitiva, destinada a castigar al causante del daño con sanciones civilísticas

Por su parte, León Hilario[7] señala que *"Junto con la misión de resarcir a los damnificados, o sea, de restituir el equilibrio roto con el evento dañoso, el resarcimiento*

[5] Ulloa Millares, Daniel. El surgimiento del Derecho Laboral en el Perú. Una descripción del origen de los principales beneficios sociales para entender su presente y vislumbrar su futuro. En: Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica. Grijley, Lima, 2009, p. 56

[6] Fernández Cruz, Gastón. Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law. En: Ius et Veritas N° 22. Lima, 2001, p. 23

persigue": a) Fines de desincentivo; b) Fines de incentivo para la toma de decisiones de previsión; y, c) fines de sanción contra el dañador.

La responsabilidad civil no se limita, entonces, a reparar a las víctimas del daños sufrido. Es más, la propia Corte Suprema en el V pleno jurisdiccional supremo en materia laboral y previsional ha señalado que: *"… los daños punitivos tienen como propósito castigar a quien produce un daño y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina",* evidenciando, así, las limitaciones de su propia concepción de las funciones responsabilidad civil.

El empeño de la Corte Suprema en establecer conceptos en sentencias judiciales genera inconsistencias, como las advertidas, entre las definiciones desarrolladas y los fundamentos por los cuales la propia corte resuelve los casos concretos a su cargo. Tal incongruencia puede deberse a que mientras un caso se resuelve en función a particularidades propias y distintivas (los conflictos jurídicos no son normalmente idénticos entre sí) las definiciones, por naturaleza, son de carácter general.

II. EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Siguiendo la estructura desarrollada por el profesor Taboada Córdova quien afirmó: *"como es sabido, los requisitos comunes de la responsabilidad civil son la antijuridicidad, el daño causado, la relación de causalidad y el factor de atribución"*[8], los órganos jurisdiccionales laborales de todos los niveles establecen la existencia o inexistencia de la responsabilidad civil invocada en atención a la presencia concomitante de los referidos requisitos o *"elementos constitutivos de la responsabilidad civil"*[9]. Así, por ejemplo, en la casación laboral N° 18190 -2016 Lima se indica: *"… debemos señalar que la determinación de la responsabilidad contractual exige la concurrencia de cuatro presupuestos: a) conducta antijurídica, b) el daño, c) la relación de causalidad, y d) el factor de atribución".*

Tal concepción refuerza la práctica de los abogados quienes al demandar o contestar las demandas, sustentamos nuestras pretensiones y defensas en función a la presencia o ausencia de los referidos requisitos o elementos.

Esta método para determinar la existencia responsabilidad civil es criticado fuertemente por autores tales como León Hilario, para quien, la responsabilidad civil se configura únicamente por la interacción de tres elementos: el daño (daño evento y daño consecuencia), el criterio de imputación y la relación de causalidad; y para quien la dilucidación de la existencia o no de la responsabilidad imputada, requiere recurrir al

[7] León Hilario, Leysser. Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Manual autoinstructivo. Academia de la Magistratura, Lima, 2016, p. 35
[8] Taboada Córdova. Ob. cit., pg. 32
[9] Terminología empleada por Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Editorial Rodhas, sétima edición. Lima, 2013, p.87

"juicio de responsabilidad civil", es decir a *"aquella operación intelectiva dirigida a establecer que, dados ciertos antecedentes, alguien resulta gravado o no con una obligación resarcitoria, por qué y con qué límites"*[10].

Sin perjuicio de la concepción reseñada en el párrafo precedente, en tanto que nuestros órganos judiciales conciben la existencia de la responsabilidad civil en base a los elementos referidos, interesa comentar algunos pronunciamientos en los que se abordan ellos.

En el caso de la denominada "antijuricidad", en la casación laboral N° 4258-2016 se ha señalado que esta se encuentra *"constituida por aquellas conductas que implican una violación del ordenamiento jurídico a través de hechos ilícitos, hechos abusivos o hechos excesivos (…) En el Derecho Laboral la antijuridicidad implica la violación del contrato de trabajo (verbal o escrito), el convenio colectivo de trabajo y los reglamentos del empleador…".* Sería, entonces, la inejecución de alguna obligación emanada de cualquiera de las fuentes del Derecho del Trabajo la que permitiría calificar el comportamiento como antijurídico y su potencialidad para configurar un daño.

En la casación laboral N° 18190 - 2016 Lima se señaló que *"pese a haberse acreditado el accidente de trabajo no se puede imputar a la demandada una conducta antijurídica cuando esta no ha sido probada".* Contrariamente, en la casación laboral N° 4258 – 2016 Lima, al interpretarse los alcances del artículo 53° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se estableció que la constatación del daño padecido, a raíz de un accidente de trabajo, permite que se atribuya el mismo al incumplimiento del deber de prevención por parte del empleador y genera la obligación de resarcir. En la misma línea, en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral se acordó que *"el empleador como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador".*

Es claro, entonces, que en materia de accidentes de trabajo, la Corte Suprema desdice su afirmación que la conducta antijurídica o el incumplimiento de la obligación laboral deba ser acreditado, ya que en muchos casos ha determinado la condición de causante del empleador en función a solamente la comprobación del daño, desvirtuando así su concepción que la necesaria concurrencia de los *"cuatro presupuestos"* sería la que configure la existencia de responsabilidad.

En cuanto al daño, este es conceptualizado, en la casación laboral N° 4258–2016 Lima, como *"todo detrimento o lesión que en sus bienes jurídicos sufre un sujeto de derecho por acción u omisión de un tercero, pudiendo incidir ese menoscabo en su esfera personal, patrimonial o ambas".* En ella misma se recoge como tipos de daños al daño emergente, al lucro cesante y al daño moral, los cuales corresponden a la tradicional

[10] León Hilario, Leysser. La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Instituto Pacífico, tercera edición. Lima, 2017, p.39

clasificación de daños patrimoniales o materiales (los dos primeros) y daños extrapatrimoniales o morales (el último).

Es de resaltar la noción de daño moral desarrollada en la casación laboral N° 1114–2016 Ica en la que se indica que *"abarca todo menoscabo proveniente del incumplimiento de cualquier obligación que se pueda valorar en función de su gravedad objetiva. Asimismo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a su proyectos de vida, originan supuestos de daños extrapatrimoniales, por tratarse de intereses tutelados reconocidos como derechos no patrimoniales".* Consideramos que bajo esta concepción se engloban todas aquellas categorías que todavía se suelen plantear en las demandas como supuestos tipos de daños extrapatrimoniales y por las cuales se busca obtener multiplicidad de resarcimientos por un mismo tipo de afectación. Así, frente a requerimientos en las que se exigen montos diferenciados por "daño moral", "daño a la persona", "daño al proyecto de vida", "daño biológico", etc, la Corte Suprema los agrupa todos como daño moral, lo que determina que la reparación a reconocerse se concentre en un único importe y no genere, en los términos de León Hilario, una *"inflación de resarcimientos"*[11].

En la controversia resuelta a través de la casación laboral N° 10491-2015 Junín, el colegiado supremo no hizo suyo el voto en discordia suscrito por tres de sus magistrados en el que, al abordar el daño emergente, se desarrolló la figura del *"daño futuro"* en contraposición al *"daño actual"*. Se trataba de un trabajador al que como consecuencia de un accidente de trabajo se le diagnosticó fractura dorsal, paraplejia secuelar y vejiga neurogénica, afecciones que habrían de requerir asistencia médica y tratamiento especializado de por vida. En el referido voto singular se indicó: *"Desde una perspectiva amplia, es pertinente hacer una distinción entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado".* Por ello, se planteó resarcir, a título de daño emergente, no solamente aquellos gastos en los que ya se habían incurrido y cuyo egreso había sido acreditado, sino también el *"daño futuro"* para afrontar los gastos propios del tratamiento, rehabilitación, compra de medicamentos y enseres en los que necesariamente habría de incurrirse.

Sin embargo, recientemente, en la casación laboral N° 14158-2017 Callao del 20 de setiembre de 2018, ya estableció que en el caso de una incapacidad permanente, el daño emergente debe comprender los gastos propios que se habrán de generar de la situación de la víctima. Es decir, los alcances del daño emergente no se limitarían a la tradicional concepción de *"la pérdida patrimonial efectivamente sufrida"*[12], sino comprenderían toda pérdida que se genere en el futuro y se derive del daño padecido.

[11] León Hilario, Leysser. Inflando los resarcimientos con automatismo. El daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura. En: Adocatus N° 18. Revista editada por estudiantes de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, 2008, p. 229 - 243

[12] Taboada Córdova. Ob. cit., p. 62

En otro aspecto, en el V pleno jurisdiccional supremo en materia laboral y previsional, la Corte Suprema introdujo, en nuestro ordenamiento laboral, la figura de los "daños punitivos", los que habrán de ser entendidos *"como la suma que el juez ordenará pagar, no con la finalidad compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes. En otras palabras los daños punitivos son una forma de pena privada, donde el beneficiario de estas sumas de dinero es la víctima del daño causado (…) se otorga en los casos en que el acto causante del perjuicio ha estado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima.* A su vez, en el VI pleno jurisdiccional supremo en materia laboral y previsional, se complementó el concepto señalando que *"los daños punitivos son siempre accesorios, es decir no tienen vida por sí mismos, requiriendo la presencia de un daño esencial o principal, y solo ameritará otorgar el daño punitivo en circunstancias de cada caso particular".*

Los daños punitivos son una expresión de la función sancionatoria de la responsabilidad civil y tienen también una finalidad disuasiva *"pues, al castigar a los responsables que han infringido las reglas básicas de convivencia pacífica (…) se les disuade (…) de la posible intención de reiterar en el futuro de sus conductas y se les advierte, además, a los demás integrantes de la comunidad que se sintieran tentados a imitar esas conductas, de sus graves consecuencias, disuadiéndolos también de su realización en el futuro"*[13]

Cuestionamos que los daños punitivos hayan sido impuestos por un pleno judicial (de acuerdo a este, el juez de oficio, y sin necesidad de haber sido demandados, debe ordenar su pago) y carezcan de un sustento legal que justifique el otorgamiento de este concepto propio del derecho anglosajón. Más aun cuando se contraponen a la concepción, ya reseñada en las líneas anteriores, que tiene la Corte Suprema sobre los funciones de la responsabilidad civil, esta es la satisfactiva o compensatoria, sin haber reconocido a la punitiva o la de incentivo/desincentivo de comportamientos como una de ellas.

Por otro lado, si el daño punitivo se otorga, a la propia víctima, de forma adicional al daño material (lucro cesante o daño emergente) y al daño moral ya reconocidos para reparar los perjuicios derivados de la afectación, puede derivar en un enriquecimiento sin causa. Como señala Diez Picazo, si el causante o responsable debe abonar importes más allá del daño efectivamente causado, lo propio es que tales sumas se dirijan a un fondo común o al tesoro público[14].

La "importación" de la categoría "daños punitivos" en realidad evidencia una tendencia de las cortes judiciales a pretender legislar sobre aspectos que corresponden y deberían encontrarse regulados por leyes expedidas por organismos legislativos.

---

[13] Fernández Cruz. Ob cit. p. 88
[14] Diez-Picazo. Luis. Derecho de Daños. Civitas. Madrid, 1999, p. 46

Finalmente, en cuanto al nexo de causalidad y el factor de atribución, las concepciones que desarrolla la Corte Suprema corresponden a aquellas que la doctrina también emplea. Por todas las sentencias, puede revisarse la propia casación laboral N° 4258 – 2016 Lima en sus fundamentos jurídicos noveno y décimo.

III. RESPONSABILIDAD CIVIL ANTE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

La responsabilidad civil derivada de los denominados infortunios laborales siempre ha concitado la atención del Derecho del Trabajo, incluso antes que a los jueces de trabajo se les reconociera la competencia para abocarse a tal tipo de controversias.

Sobre la responsabilidad por ellas, en la casación laboral N° 3591-2016 Del Santa se ha dicho que la inobservancia del principio de prevención[15] genera que *"el empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de este".*

En el caso de las enfermedades profesionales, en el I Pleno Jurisdiccional en materia laboral (2012), la Corte Suprema estableció que *"el trabajador debe cumplir con probar la existencia de la responsabilidad profesional y el empleador, el cumplimiento de sus obligaciones legales, laborales y convencionales",* indicando que la determinación del dolo y culpa inexcusable en el cumplimiento de las obligaciones de la materia por parte del empleador exigirán de intensa actividad probatoria. Sin embargo, en la casación laboral N° 1114-2016 Ica, se señaló que *"… en principio existe la presunción de responsabilidad patronal, por las enfermedades que el trabajador adquiera en su centro laboral".* Es decir, a pesar de reconocer que la responsabilidad en este tipo de casos se deriva del incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, la sala suprema concibe una presunción judicial por la cual la configuración de un hecho base como la existencia de una enfermedad profesional, genera un hecho presumido como lo es la responsabilidad del empleador, seguramente en atención a una regla de inferencia por la que concibe que, en la generalidad de los casos, es la inobservancia de la normatividad de las obligaciones de salud ocupacional por parte del empleador la que desencadena el desarrollo de enfermedades profesionales.

En el caso de los accidentes de trabajo, en el VI Pleno Supremo en material Laboral y Previsional (2017) se determinó que *"El empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador",* lo cual tiene correlato con la doctrina

[15] De acuerdo al artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29783 – Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, por el principio de prevención el empleador debe garantizar el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de quienes prestan servicios en el centro de trabajo.

jurisprudencial fijada en la casación laboral N° 4258-Lima por la cual, *"probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención",* precedente que, sin embargo, la misma sala suprema no aplicó al resolver el caso analizado en la casación laboral N° 18190-2016 Lima, en la que concluyó *"que pese a haberse acreditado el accidente de trabajo, no se puede imputar a la demandada una conducta antijurídica cuando esta no ha sido probada".*

Tal inaplicación del precedente establecido apenas cuatro meses antes, debió merecer una mínima justificación en la motivación de la última de las sentencias referidas, pero no se advierte argumentación alguna en el contenido de la resolución.

Sin perjuicio de ello, para la Corte Suprema ha sido suficiente la comprobación de un siniestro en el centro de labores, para calificarlo como accidente de trabajo y ordenar, al empleador, el pago de daños y perjuicios, cual si el origen hubiese sido la inobservancia de obligaciones de naturaleza laboral. Así, en la casación laboral N° 3591-2016 Del Santa determinó que la muerte por infarto al miocardio de un trabajador en plena faena de pesca se produjo como consecuencia de un accidente de trabajo *"máxime si la codemandada no acreditó el cumplimiento de su deber garantista, esto es, proporcionar los medios y condiciones que protejan la vida, salud y bienestar de sus trabajadores".* Del mismo modo, en la casación laboral N°11947-2015 Piura estableció que una muerte por atentado criminal constituía un accidente de trabajo ya que *"el hecho del tercero que le causó la muerte al trabajador no rompe la relación de causalidad entre su labor efectuada y el daño ocasionado, pues es indiscutible que por razón del contrato de trabajo (…) se encontraba en el campamento minero de la codemandada recurrente donde fue baleado y luego quemado vivo".*

También, en la casación laboral N° 14158-2017 Callao, determinó que a pesar que el accidente *"aconteció por el actuar de tercero",* el empleador debía resarcir los daños causados, ya que *"el empresario debe responder por todo accidente de trabajo originado en la empresa, aunque se haya producido por una causa fortuita ajena a toda culpa suya. La sola condición de ser propietario de la empresa lo hace responsable por el riesgo causado"*

Por lo tanto, en materia de accidentes de trabajo, la Corte Suprema ha asumido una concepción de responsabilidad objetiva por riesgo. De acuerdo a ella, los resarcimientos deben otorgarse no solamente por aquellos episodios que se produzcan por causa o con ocasión de la ejecución de las prestaciones laborales; sino que bastará que ellos sucedan durante la ejecución de las relaciones de trabajo, aun así su origen (como en el caso de un atentado criminal) se genere en un hecho totalmente ajeno a las funciones y tareas propias del puesto y no exista obligación o previsión razonable que el empleador pudiera adoptar para anticiparse o enervar tales acontecimientos.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DESPIDOS

La protección contra el despido constituye una de las materias más recurridas ante los tribunales de trabajo. Las pretensiones de reparación frente a ceses considerados ilegítimos no se limitan a aquellas restitutorias (dirigidas a la reanudación del vínculo laboral en los casos de despido nulo, fraudulento o incausado) ni indemnizatorias (orientadas a obtener una indemnización tarifada legalmente en los despidos injustificados) sino que persiguen, también, lograr el pago de resarcimientos por daño material y moral, independientemente de la reposición o indemnización previstas por el ordenamiento laboral[16].

La Corte Suprema se ha pronunciado en distintos tipos de controversias en las que se han exigido resarcimientos por los perjuicios derivados de la decisión unilateral del empleador de resolver el contrato de trabajo. Las agrupamos así: a) Cese en el período de prueba; b) despidos fraudulentos e incausados en los que ha logrado o pretende, adicionalmente, la reposición en el puesto de trabajo; c) despidos injustificados en los que se ha logrado o pretende, adicionalmente, el pago de la indemnización por despido injustificado prevista en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL); y, d) ceses irregulares conforme a la Ley N° 27803, y por los cuales se ha logrado alguna de las reparaciones previstas en ella.

Abordamos cada uno de estos supuestos.

a) Resarcimientos por cese durante el período de prueba

En la casación laboral N° 7095-2014 Lima, en el caso de una trabajadora cesada dentro del período de prueba, la Corte Suprema ha reconocido que la resolución unilateral del contrato de trabajo, con vulneración del deber de buena fe contractual de por medio, genera un daño resarcible. Específicamente ha señalado que *"la finalidad del período de prueba consiste en probar las cualidades del trabajador, resultando lógico concluir que la conclusión del contrato, durante dicho período, solo debería operar en el supuesto de que tales cualidades no se ajusten a las exigencias que el empleador tiene establecidas para el puesto o que las pruebas propuestas por la empresa no hayan sido superadas por el trabajador".*

Pareciera que, a criterio de la sala suprema, la experiencia previa relevante en determinado puesto de trabajo debería garantizar la superación del período de prueba. Por ello, siempre de acuerdo al colegiado supremo, la resolución del vínculo laboral en dicha etapa, revelaría la ausencia de buena fe, por parte del empleador y, en consecuencia, ocasionaría daños en el trabajador.

[16]Cabe precisar que en los casos de despido fraudulento e incausado, la reposición como mecanismo de protección tiene un sustento jurisprudencial antes que legal.

La protección contra el despido se alcanza una vez superado el período de prueba, pero tal período no implica una etapa de indemnidad para aquel empleador que inobservando el deber de buena fe con el que debe proceder en la celebración y ejecución de los contratos de trabajo (conforme al artículo 1362 del Código Civil), lesiona derechos o intereses de un trabajador ocasionándole un daño susceptible de reparación

El período de prueba sirve para verificar si el trabajador cuenta con los conocimientos, habilidades, aptitudes y experiencias para desempeñar con éxito una función laboral. Ello requiere evaluar evidencias de desempeño en el puesto de trabajo, apreciando no solamente la experiencia laboral previa, saberes o destrezas, sino también competencias blandas, como, por ejemplo, el trabajo en equipo o la adaptación a nuevos grupos de trabajo. Es el empleador quien debe validar si el trabajador satisface las expectativas generadas en el proceso de reclutamiento y selección y determinar si la vinculación laboral debe de extenderse más allá del período de prueba.

En casos en los que una empresa propicie la desvinculación laboral de un trabajador de su anterior empleador, ofreciendo condiciones de trabajo que no va a satisfacer y, más bien, resuelva el contrato de trabajo en el período de prueba, podría apreciarse mala fe y daño, habilitando ello recurrir a la responsabilidad civil para intentar una satisfacción económica. La existencia de tal afectación debería determinarse a partir de una intensa actividad probatoria actuada y valorada ante una instancia de mérito y no deducirse en una etapa casatoria, como habría ocurrido en el caso reseñado.

b) Resarcimientos en casos de despidos incausados o fraudulentos

El Tribunal Constitucional ha establecido que la tutela restitutoria frente al despido, se concreta no solamente en los casos del despido nulo regulado por la LPCL, sino también en los que este se haya producido de manera incausada o fraudulenta[17].

Mientras que en el primero de los casos la propia ley ha previsto una restitución jurídica plena por la que corresponde reconocer el tiempo dejado de laborar como efectivamente trabajado y el pago de las remuneraciones devengadas; en el caso de los despidos incausados o fraudulentos, al no haberse regulado su contenido y sus consecuencias en la ley, la judicatura ha reconocido que adicionalmente a la reposición en el puesto de trabajo, es viable plantearse pretensiones resarcitorias por los daños y perjuicios sufridos.

Así, en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional se acordó que *"En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral (…) La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas".*

[17]STC N° 1124-2001-AA/TC, STC N° 00976 – 2001-AA/TC y STC N° 0206-2005-PA/TC

En el referido pleno judicial se reafirma la consolidada posición de la Corte Suprema, por la que se considera que en aquellas situaciones de reincorporación que se originen en supuestos distintos al de despido nulo (es decir, frente a los situaciones de despido incausado y despido fraudulento) no corresponde que, de ordenarse la reincorporación, se conceda el pago de remuneraciones y beneficios que eventualmente pudieron devengarse, sino exigir resarcimientos por daño material o moral.

Pretensiones de esta naturaleza son planteadas de manera acumulada a las de reposición por los tipos de despido referidos o de manera autónoma, una vez que se ha logrado la reposición en un proceso de amparo o en un proceso abreviado laboral. La mayoría de los órganos jurisdiccionales otorgan una reparación por el lucro cesante (aunque en varios de casos, también por el daño moral), no existiendo criterios uniformes en la cuantificación de los daños.

Sin embargo, recientemente, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral desarrollado el 13 y 14 de setiembre de 2018, en la ciudad de Chiclayo, entre los jueces superiores de las 34 cortes distritales del país, se acordó por mayoría que *"en caso de despido incausado y fraudulento la indemnización por lucro cesante se debe equiparar a las remuneraciones dejadas de percibir".* En este mismo pleno, se convino en la presunción de la existencia del daño moral frente a estos tipos de despido. Es decir, los jueces de las cortes superiores, han decidido que en los casos de despido incausado y fraudulento corresponde que se otorguen remuneraciones devengadas bajo la denominación de "lucro cesante" (contrariamente a lo que fijado por la Corte Suprema) y, a su vez, han optado por el fácil camino de presumir la existencia del daño moral, eludiendo mayor esfuerzo en fijar criterios para su acreditación.

c) Resarcimientos por despidos injustificados para los que la LPCL ha previsto una indemnización tarifada legalmente[18]

Teniendo en consideración la clasificación de los tipos de despido efectuada por el Tribunal Constitucional, la *"protección adecuada"* a la que se refiere el artículo 27 de la Constitución Política se expresa en la posibilidad de lograr la reposición en el empleo en los casos de los despidos nulos, fraudulentos e incausados; mientras que tratándose de los despidos injustificados, la tutela prevista es el pago de la indemnización regulada en la LPCL. Todos estos tipos de despidos, son expresión del *"despido arbitrario"* referido en la misma norma constitucional[19].

[18]Hemos abordado este tema con mayor amplitud en: "El otorgamiento por parte de los jueces laborales de resarcimientos adicionales a la indemnización por despido prevista legalmente" publicado en el libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. SPDTSS, Lima, 2016, p.595 -607

[19] NEVES MUJICA, Javier. El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los plenos jurisprudenciales supremos en materia laboral. En: THËMIS – Revista de Derecho N° 67. Lima, 2015, p. 227 -232

En los casos en los que a pesar de haberse recibido la indemnización prevista en la LPCL se ha intentado el otorgamiento de un resarcimiento por daños y perjuicios, derivado de la inejecución de obligaciones en la que habría incurrido el empleador, la Corte Suprema ha tenido distintas respuestas. Así, en la casación N° 699-2015del 26 de noviembre del 2015, la Sala Civil Permanente ha señalado que *"no resulta viable establecer un monto indemnizatorio por los conceptos de lucro cesante ni daño emergente, de lo contrario, se generaría un enriquecimiento o pago indebido".* Sin embargo, añade *"en cuanto a la pretensión por daño moral, teniendo en cuanta que éste consiste en el dolor, angustia, aflicción física o espiritual que sufre la víctima del evento dañoso (…) resulta amparable tal concepto peticionado".* Esta sala suprema estimó que la indemnización prevista en la LPCL cubriría el lucro cesante y el daño emergente, mas no el daño moral.

A su vez, la Sala Civil Transitoria, en la casación N° 4385 -2015 del 14 de octubre del 2016 ha previsto que *"la indemnización por despido cumple una función de resguardo- no de la integridad tutelada mediante las normas de la responsabilidad civil – sino de la estabilidad económica del trabajador, que ve roto su vínculo con el empleador, por una decisión arbitraria o nula".* Añadiendo, sin embargo, que *"si bien todo cese o despido, afecta el ánimo del trabajador, éste no puede ser elemento suficiente para concluirse que el daño moral deriva de la extinción de la relación laboral (…) tal situación solo se presenta cuando se vulneren los supuestos previstos por el Artículo 23 de la Constitución Política del Perú, es decir, cuando en la relación laboral se menoscaben derechos fundamentales, como el derecho al trabajo, a la integridad de la persona o conductas que provoquen el menoscabo jurídicamente relevante".* Para esta sala suprema, la indemnización por despido injustificado no sustituye el resarcimiento que puede derivarse de un juicio de responsabilidad civil dirigido a reparar los daños sufridos por la víctima del acto lesivo (el despido), pero la existencia del daño moral no es una situación que se derive de todo despido ni debe deducirse su existencia, sino más bien su presencia derivará del hecho que exista un menoscabo particularmente relevante en el derecho al trabajo o en algún otro derecho fundamental.

La Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria, órgano supremo en procesos regulados bajo la NLPT, en la casación laboral N°5423-2014 Lima del 27 de abril del 2015 señaló que *"la ley ha considerado establecer una indemnización tarifada, que comprende los daños patrimoniales; así como los extrapatrimoniales originados por el despido (…) la indemnización tarifada (…) cubre la totalidad de los daños y perjuicios sufrido por el trabajador".* Sin perjuicio de ello, se precisa que *"existen determinadas circunstancias frente a las cuales el trabajador puede recurrir a la vía judicial solicitando una indemnización por daño moral, debido a que la indemnización tarifada se encuentra prevista para todos aquellos daños ordinarios que se puedan presentar producto del despido arbitrario, no encontrándose comprendidos dentro de la misma, los daños extraordinarios".*

Esta última posición resulta ser razonable en tanto un despido injustificado no solamente puede vulnerar el derecho al trabajo en su manifestación de conservación del empleo, sino, simultáneamente, otros derechos fundamentales como la intimidad, el honor, la libertad de conciencia y de religión, las libertades informativas o incluso el mismo derecho al trabajo en su manifestación de acceso al empleo. Por ello, si la resolución arbitraria de la relación de trabajo genera daños adicionales a derechos o intereses de aquellos como los mencionados, no debería existir mayor limitación para que por estos daños (los que ciertamente no pueden ser deducidos o presumidos, sino deben de ser acreditados) pueda obtenerse un resarcimiento por inejecución de obligaciones, una vez efectuado un juicio de responsabilidad.

d) Resarcimientos en los casos de los trabajadores cesados irregularmente de acuerdo a la Ley N° 27803

En el año 2002, la Ley N° 27803[20] creó un programa extraordinario de acceso a beneficios para aquellos trabajadores de las empresas y entidades del estado cuyo cese, producido en la década de 1990 en el marco de procedimientos de ceses colectivos, hubiese sido calificado como irregular y se encontraren registrados en el Registro Nacional de Ex Trabajadores Cesados Irregularmente.

Este programa contempló que, como reparación por el cese irregular padecido, tales trabajadores tendrían derecho a optar alternativa y excluyentemente entre cuatro beneficios: Reincorporación o reubicación laboral; jubilación adelantada; compensación económica; y, capacitación y reconversión laboral

Miles de las personas que se acogieron a alguno de los beneficios acudieron a la justicia laboral a exigir resarcimientos adicionales por los ceses ya reconocidos como irregulares por el propio estado, planteándose la incertidumbre si la reparación obtenida era suficiente o era viable que se les concedieran resarcimientos adicionales.

Las respuestas expedidas en los distintos niveles de la magistratura han sido disímiles. Así, existen pronunciamientos en los que se ha señalado que al haberse previsto que la reparación de los beneficios previstos en la Ley N° 27803 se concedía con carácter "excluyente" no correspondería que se otorgaran resarcimientos adicionales. También se ha señalado que el beneficio por el que se optó otorgaría cobertura frente al daño patrimonial, pero que podrían otorgarse resarcimientos por daño moral; mientras que, por otro lado, se han expedido sentencias en las que, concibiendo como insuficientes los beneficios obtenidos, se han otorgado resarcimientos por daños materiales y morales.

Sobre este tema, el criterio de la Corte Suprema tiene correlato con aquel adoptado para las situaciones en las que se pretenden resarcimientos adicionales a la

[20]Ley que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las Leyes N° 27452 y N° 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada y en las entidades del sector público y gobiernos locales.

indemnización por despido injustificado. Así, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, en la casación laboral N° 139-2014 ha señalado que: *"…sí existió un daño resarcible en agravio del demandante, pero que éste ya ha sido reparado a través de los instrumentos creados Ad Hoc por la Ley N° 27803 y que la sola probanza del hecho del despido irregular no constituye razón ni prueba suficiente para concluir que existe un daño moral adicional que deba ser reparado, pues para ello sería necesaria la alegación y probanza de eventos o circunstancias concretas…"*.

Por su parte, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, en la casación laboral N° 7658 - 2016 ha señalado que *"se debe dejar en claro que los beneficios contemplados en la Ley N° 27803 (…) son los únicos beneficios por los cuales puede optar el trabajador para resarcir los daños y perjuicios producidos por el cese declarado irregular; es decir, engloba todos los posibles daños originados por el acto lesivo"*

El reconocimiento por parte del Estado de los ceses referidos como "irregulares" no debiera llevar a determinar que por tal situación se otorguen resarcimientos por daño material y/o moral. Toda pretensión resarcitoria exige recurrir a un juicio de responsabilidad y en función a ello determinar si existe un daño susceptible de ser reparado.

El Tribunal Constitucional, en el proceso de inconstitucionalidad N° 0010-2015-PI/TC, ha declarado la constitucionalidad de la Ley N° 27803, estableciendo que la excepcionalidad de los beneficios previstos en la indicada norma no vulnera el derecho constitucional a la adecuada protección contra el despido arbitrario. Por lo tanto, consideramos que la tutela brindada por el programa extraordinario de acceso a beneficios es "adecuada" como exige el artículo 27° de la Constitución Política para las situaciones en las que se ha vulnerado el derecho al trabajo en su manifestación de conservación del empleo. Si tal reparación fuese insuficiente y requiera resarcimientos adicionales, dejaría de ser "adecuada", pero ello es contrario a lo que ha establecido el supremo intérprete de la Constitución.

El programa de beneficios permitió previsibilidad, certeza y sobre todo equidad para aquellas personas cesadas irregularmente en la década de 1990. El otorgamiento desordenado de resarcimientos en montos sustancialmente distintos e indistintamente por daño moral y/o material distorsiona las reparaciones entre decenas de miles de trabajadores.

Si el juicio de responsabilidad permite, a través de una diligente actividad probatoria, acreditar vulneraciones particularmente lesivas o afectaciones a otros derechos derivados del cese irregular, no debería haber limitación para que la judicatura otorgue el resarcimiento correspondiente, pero consideramos que ello, en atención al tiempo transcurrido, será la excepción y no debiera ser la situación regular que se reconozca en cada caso.

V. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

La Corte Suprema uniformemente ha expresado que el plazo prescriptorio para intentar válidamente pretensiones resarcitorias por daños y perjuicios es de 10 años. Por todas las sentencias que se ocupan de este tema citamos la casación laboral N° 12418 - 2015 Moquegua. En ella se señala: *"lo pretendido en la demanda no versa sobre pago de beneficios sociales que tiene naturaleza laboral, sino sobre el pago de una indemnización por daños y perjuicios, institución de naturaleza civil distinta a la laboral y regulada por nuestro Código Civil".* Agregando luego: *"… se debe tener en cuenta que la indemnización reclamada no es un derecho derivado de manera automática de la relación laboral sino del hecho invocado como perjuicio causado por la enfermedad que padece, debiendo observase entonces el plazo de diez (10) años previsto para la acción personal en el artículo 2001° del Código Civil"*

Discrepamos de este razonamiento. El artículo 2001, numeral 1 del Código Civil prevé lo siguiente:

> *"Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:*
> *1. A los diez años, la acción personal"*(el énfasis es nuestro)

Justamente existe una ley especial que contiene una disposición diversa. Esta es la Ley N° 27321, la cual expresamente regula lo siguiente:

> *"Artículo Único: Las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los 4 (cuatro) años contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral"*

Ante normas jurídicas dela misma jerarquía que regulan de manera distinta una misma situación debe recurrirse al principio de especialidad[21], y si nos encontramos ante un conflicto en el que se demanda por la inejecución de una obligación laboral, cuyo incumplimiento se produce durante el desarrollo de una relación de trabajo, en el que la supuesta víctima tiene la condición de trabajador (eventualmente de empleador) y el causante o responsable tiene la condición de empleador (eventualmente de trabajador), es indudable que la pretensión deriva de la relación laboral. Tan innegable es ello que el juez competente para resolver el conflicto es el laboral y la vía procesal en la que ello se aborda es también la laboral

No debería preferirse la norma general civil en lugar de la norma especial laboral, más aún si la norma jurídica del Código Civil ni siquiera ha sido prevista específicamente para las pretensiones resarcitorias por daños y perjuicios por inejecución de obligaciones, sino para el ejercicio de la genérica "acción personal".

[21]Neves Mujica, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009, p.158 a 159

Imponer un plazo prescriptorio de 10 años es sumamente extenso e irrazonable. Implica, muchas veces, perpetuar la posibilidad de un conflicto.

En los casos en los que el daño se manifiesta con posterioridad a la extinción de la relación de trabajo (como ocurre en ocasiones con las enfermedades profesionales) es natural que el cómputo del plazo prescriptorio deba iniciarse desde la ocasión en la que se tenga conocimiento de la afectación y, por lo tanto, se pueda hacer ejercicio del derecho de acción. En esta línea, la casación laboral N° 6822 -2015 Lima ha señalado: "*Esta Sala Suprema aplicando el método de interpretación literal, determina que el plazo que regula el artículo 1993° del Código Civil, se computa a partir de que el actor pueda ejercitar el derecho de acción, es decir, a partir de que la existencia del daño pueda probarse".*

A pesar de la posición contraria de la Corte Suprema, no advertimos ninguna afectación al titular del derecho si, para determinar la procedencia de las demandas resarcitorias derivadas de la inejecución de obligaciones laborales, se aplica la norma especial en materia de prescripción, en lugar de la general de naturaleza civil.

VI. CONCLUSIÓN

Nuestra jurisprudencia en materia de responsabilidad civil derivada de las relaciones laborales aún no ha alcanzado consistencia y uniformidad en el enfoque de las instituciones propias de la materia ni en las reglas para determinar la existencia de responsabilidad. En lugar de orientarse a fijar criterios en aspectos esenciales tales como la prueba y la cuantificación del daño, ha optado, muchas veces, por presumir la existencia de este y fijar libérrimamente los importes resarcitorios.

Consideramos que esta situación contribuye a incentivar la conflictividad, pues pareciera que toda invocación de afectación a un derecho o interés pudiera ser catalogada como daño y que, como tal, generaría un resarcimiento.

Sobre este tema en realidades como la española se ha sostenido que *"pocos debates jurídicos en el derecho laboral han alcanzado tanta complejidad como el de la imputación de las responsabilidades, la evolución discorde de los criterios jurisprudenciales y aún la contradicción entre los tribunales y la falta de armonía ha sido y sigue siendo el lecho por el que transcurren las aguas violentas de los debates sobre la responsabilidad en materia de relaciones laborales"*[22]. No es, entonces, una tarea fácil la que tienen nuestras cortes.

En la determinación de la responsabilidad por los daños causados y la reparación que corresponde brindar frente a estos, se requiere que la judicatura actúe

[22]Bartomeus Plana, Daniel. En: La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales. Editorial Bomarzo, Albacete, 2008, p.7

predictiblemente y con equidad. Por ello, el desarrollo de una línea jurisprudencial sólida y coherente en la materia es el reto de nuestros magistrados laborales.

LOS RETOS DE LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DE TRABAJADORES

LOS DESAFÍOS DE LA MOVILIDAD INTERNACIONAL DE TRABAJADORES

CARLOS CORNEJO VARGAS*

I. IDEAS PREVIAS Y GENERALES

La necesidad del ser humano de satisfacer sus necesidades básicas lo ha obligado -siempre- a desplazarse. Así pues, siendo el trabajador un ser humano que solo posee su fuerza laboral y su capacidad de trabajo para proveerse de los medios que le permitan atender sus necesidades más básicas, es que a lo largo de la historia ha tenido que desplazarse, dejando incluso su hogar, para trasladarse a otros lugares -muchas veces desconocidos- en busca de trabajo o de mejores condiciones para satisfacer sus necesidades y/o para crecer y desarrollarse como persona, o escapando de situaciones de crisis económicas, políticas y/o sociales.

En tales casos, se ha producido aquel fenómeno demográfico denominado migración, el que se define como un fenómeno de alcance mundial que afecta prácticamente a todos los países del mundo. Las causas subyacentes de la migración son variadas y revelan en muchos casos complejas situaciones asociadas a la falta de respeto y garantía de tales derechos, por lo que se vinculan de un modo directo con el goce y ejercicio de derechos humanos de millones de personas en todo el mundo [1].

A partir de la citada definición es posible afirmar que la migración tiene una expresión laboral y verifica un supuesto de movilidad laboral geográfica, pues el movimiento masivo de trabajadores de un país a otro es un fenómeno de alcance mundial y una característica de los mercados de trabajo, que se produce por las más diversas causas, las mismas que obligan a las personas a salir de sus países de origen por

---

* Abogado. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

[1] Ver, Terminiello, Juan Pablo. ***Migración y derechos humanos. Reflexiones acerca de la protección de los derechos humanos frente a los retos contemporáneos de la migración internacional***. Agenda Internacional. Año XIX, N° 30, 2012. Pág. 45.

razones de pobreza, de conflictos civiles, de inseguridad o por persecución por motivos de raza, origen étnico, religión, idioma u opiniones políticas, etc., y que además ha motivado el interés de la Organización Internacional del Trabajo *(en adelante,* ***OIT)***, la que se ha ocupado de su estudio, y preocupado por su incesante crecimiento global [2].

Los estudiosos del tema han identificado a la citada forma de movilidad laboral geográfica, como una movilidad por empleo, pues en tal caso la persona en su condición de trabajador se mueve, traslada y desplaza con la intención de conseguir trabajo.

Al respecto, y confirmando lo ya señalado cabe apuntar que la doctrina sostiene que:

> ***"El fenómeno migratorio es atemporal: los individuos han buscado siempre mejorar sus condiciones de vida en otro lugar (…), o escapar de la falta de perspectivas económicas, persecuciones, guerras, violaciones de derechos humanos o desastres medioambientales (…). En el siglo XXI, facilitada por las comunicaciones instantáneas y los transportes a gran velocidad (…) las migraciones han alcanzado una dimensión sin precedentes, dentro de un solo país y también a través de las fronteras"*** (sic) [3].

A mayor abundamiento, es necesario destacar que el fenómeno migratorio en su versión transfronteriza ha sido muy importante en el desarrollo y crecimiento económico de varios países, algunos de ellos desarrollados, por lo que es innegable el aporte que la migración y la movilidad por el empleo, han realizado al crecimiento económico mundial.

No obstante ello, y muy probablemente por los importantes movimientos de personas a nivel global, la migración transfronteriza es identificada como un problema, lo que ha llevado a que la misma sea considerada como un 'agujero negro' en la

---

[2] Sobre el particular, se afirma que ***"Tradicionalmente, la 'movilidad geográfica internacional' de trabajadores se ha contemplado como un suceso vinculado al fenómeno migratorio por el que los ciudadanos residentes de un país se trasladan a otro con la finalidad de incrementar sus oportunidades de empleo en un mercado distinto al de su origen o residencia. El Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1949, relativo a los trabajadores migrantes, así lo expresa en su artículo 11.1, al definir como 'trabajador migrante' a toda persona que 'emigra de un país otro para ocupar un empleo'"*** (sic).

Ver, Contreras Hernández, Oscar. ***Desplazamiento de trabajadores asalariados en el marco de la libre prestación de servicios en la Unión Europea.*** En: Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. N° 33, Enero – Junio, 2014. Pág. 43.

[3] Van Loon, Hans. ***El desafío doble de la migración internacional.*** REDI, volumen 68. 2016. Pág. 2.

gobernanza mundial, llegando incluso a ser considerada en varios países de Europa y en los Estados Unidos, como una amenaza para el empleo local y la identidad nacional [4].

A pesar de lo anterior, no debe perderse de vista que la migración laboral transfronteriza para buscar trabajo, esto es, la movilidad por el empleo, sigue siendo necesaria en el marco de una economía globalizada, pues la misma será la que permita a los países desarrollados mantener el crecimiento económico alcanzado.

Justamente la referida situación objetiva ha llevado a que varios países desarrollados se interesen en negociar acuerdos bilaterales y multilaterales para fomentar la migración transfronteriza, aunque no de manera permanente, sino temporal, lo que ha generado importantes ventajas para todos los involucrados en la misma, pues los trabajadores migrantes, al cabo de un tiempo, regresan a sus lugares de origen con el conocimiento adquirido, lo que permite replicar en sus países, normalmente emergentes o en vías de desarrollo, prácticas propias de los países desarrollados.

Al respecto, se señala que

> ***"La migración de la fuerza de trabajo es un aspecto esencial de nuestra economía globalizadora. La Comisión Europea, en sus propuestas recientes de reforma, nos ha recordado que Europa debe atraer a talentos de fuera para sostener su crecimiento económico. En 2005 la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales ya había denunciado la ausencia a nivel mundial de coordinación de las políticas nacionales, subrayando la necesidad de cooperación internacional, y concluyendo que 'el viejo paradigma de asentamiento permanente de migrantes está progresivamente dejando paso a la migración temporal y circular'. La migración temporal presenta además ventajas para el desarrollo: los migrantes que vuelven a sus países de origen llevan consigo el know – how y los contactos adquiridos en el Estado receptor, en particular cuando han recibido ayuda a través de la cooperación de los dos países"*** (sic) [5] [6].

---

[4] Ver, Ibid. Pág. 2.

[5] Ibid. Pág. 4.

[6] Sobre el particular, se afirma que España ha sido pionera en la negociación de acuerdos bilaterales con países de Latinoamérica y con Marruecos a fin de organizar la migración circular de trabajadores. También algunas Asociaciones para la Movilidad entre la UE y terceros países apoyan y promueven la migración temporal y circular.

Ver, Hans Van Loon. Ob. Cit. Pág. 4.

Ahora bien, cambiando un tanto el contexto explicado, debe señalarse que el nuevo orden económico mundial y específicamente aquél fenómeno denominado globalización económica, ha permitido y hasta generado la necesidad de que sean las empresas las que se desplacen y se muevan buscando nuevos mercados, lo que a su vez ha determinado un crecimiento importante de lo que se denomina "inversión extranjera directa".

Refiriéndonos a esta última, cabe apuntar que, entendida como la inversión transfronteriza ejecutada por empresas transnacionales en países extranjeros para controlar activos y administrar actividades productivas, es -sin ninguna duda- una característica de la economía mundial.

Volviendo sobre una idea previa, debe señalarse que, en efecto, en el escenario internacional existe otra manifestación de movilidad laboral geográfica

> ***"(…) que, conectada con la globalización económica, la revolución tecnológica, el mayor grado de integración económica a nivel mundial y los procesos de descentralización productiva empresarial, ha protagonizado las dos últimas décadas: la movilidad o desplazamiento temporal de trabajadores asalariados efectuado por las empresas para dar respuesta a una demanda internacional de servicios a corto plazo"*** (sic) [7].

Sobre el particular, y recogiendo lo afirmado por un estudioso del tema, cabe apuntar que:

> ***"El Convenio 143 de la Organización Internacional del Trabajo 'sobre los trabajadores migrantes' ya (…) reconocía en 1975 la existencia de esta nueva expresión de movilidad geográfica internacional de trabajadores. Sin embargo, no lo hacía de forma inclusiva dentro del espectro de 'trabajadores migrantes'. El Convenio de forma expresa, excluye de su ámbito de aplicación a:***
>
> ***[…] las personas empleadas de organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicas por un período definido o limitado de tiempo y que están obligados a abandonar el país al termino de sus trabajos o funciones"*** (sic) [8].

---

[7] Contreras Hernández, Oscar. Ob. Cit. Pág. 43.

[8] Ibid. Pág. 43.

En ese contexto, resulta que en el nuevo orden económico mundial las empresas en su versión transnacional, han creado la necesidad de mover trabajadores de sus sedes principales a nuevos mercados, lo que ha generado un movimiento internacional y transfronterizo de trabajadores, normalmente de países desarrollados a países emergentes y/o en vías de desarrollo, situación de hecho que genera una serie de retos tanto para el trabajador como para las empresas.

Mientras que una de las mayores preocupaciones de las empresas transnacionales es que sus expatriados finalicen sus proyectos con éxito y en el menor tiempo posible, los trabajadores propuestos para ser expatriados, muestran como regla general incertidumbres relativas a su carrera profesional y condiciones personales que tendrán que afrontar durante su desplazamiento [9].

Sin embargo, los retos y desafíos que genera la movilidad internacional de trabajadores, no son solo para trabajadores y empleadores, sino para todos los involucrados en el proceso, lo que -sin duda- incluye a los Estados y a los organismos internacionales.

A los citados retos nos referiremos en las líneas siguientes, intentando identificar los problemas que la movilidad internacional de trabajadores viene generando, para proponer algunas soluciones, en la idea de aportar en el análisis del tema y no de resolver el mismo.

II. CONTEXTO: GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

Como ya ha quedado dicho, el nuevo orden económico mundial y específicamente aquel fenómeno denominado globalización económica, ha permitido el surgimiento de las empresas transnacionales y generado la necesidad de las citadas empresas de desplazarse y moverse a otros países buscando nuevos mercados.

Ciertamente, lo anterior ha sido posible a partir de la globalización económica o mundialización de la economía, aquél fenómeno caracterizado por ***"(…) la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos, tales como libre competencia, mercado, libre cambio, incremento de exportaciones, etc. (…)"*** [10] (sic) [11], y que se identifica con el predominio del capital financiero.

---

[9] Ver, Salvador Espinosa de los monteros Garde y Javier Verdeal Duran. ***Algunas reflexiones acerca de la movilidad internacional de trabajadores***. En: La Internacionalización de la empresa española. ICE. Madrid, 2007. Pág. 104.

[10] Ermida Uriarte, Oscar. ***Derechos Laborales y Comercio Internacional.*** En: Globalización económica y relaciones laborales. Salamanca, 2003. Pág. 120.

[11] En el mismo sentido, se afirma que la globalización ha sido definida como ***"(…) una nueva fase del capitalismo que se caracteriza por la incorporación de nuevos mercados a nivel mundial, permitiendo un crecimiento de la mercantilización, en todas las esferas del ámbito***

La globalización económica, teniendo en cuenta la definición propuesta, se caracteriza, pues, por la apertura comercial y el intenso movimiento de capitales, espacio propicio para el surgimiento, desarrollo y empoderamiento de la empresa transnacional, aquella organización ***"(…) cuya actividad trasciende las fronteras de un país pero que responde a una estrategia común y a una sola dirección organizativa"*** (sic) [12].

Las empresas transnacionales han potenciado la comercialización a gran escala, la diversificación productiva o la especialización de centros de producción, lo que ha permitido la generación de mayores ingresos por volumen de producción, lo que a su vez ha permitido la masificación productiva a bajos costos, para lo cual han buscado establecerse en aquellos mercados que ofrecen las mejores condiciones para ejecutar determinada actividad productiva.

Es pues, un dato objetivo que las empresas transnacionales son un producto de la globalización económica, y que las mismas se han convertido en el motor principal del citado fenómeno económico.

En ese mismo orden de ideas, se señala que ***"(…) La globalización, entendida (…) como 'la apertura de las economías nacionales y la reciente integración de las mismas, tanto a nivel regional como global', contribuye a la intensificación de las transacciones supranacionales. Ello, a su vez, estimula la expansión de las actividades empresariales más allá de las fronteras nacionales, generando nuevos sistemas de organización productiva que repercuten, de diferentes formas, en la ordenación de las relaciones de trabajo. La internacionalización de la economía y, con ella, la de las empresas, acaban por crear un único mercado de trabajo: el internacional"*** (sic)[13]. Es pues, claro, que el nuevo orden económico mundial y la globalización económica que ha generado el primero, han creado un nuevo contexto y

---

económico – productivo y político – social; ampliando los flujos de información generados en beneficio principalmente de las empresas y de los mercados (…)" (sic).

Ver, Villavicencio Ríos, Alfredo. ***La regulación del trabajo en la globalización, la integración regional y en los tratados de libre comercio.*** En: Desafíos y perspectivas del derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Lima, 2004. Pág. 182.

[12] Reaños Azpilcueta, Rafael. ***Capítulo I. Importancia del Comercio Internacional.*** En: Tributación Aduanera, Lima, 2010. Pág. 23.

[13] Molina Martin, Amparo. ***La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico – laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero.*** Tesis Doctoral. Universidad de Granada, 2009. Págs. 29 y 30.

han transformado las relaciones de trabajo, para permitir que las mismas se ejecuten en más de un territorio, y se apoderen de un nuevo mercado: el internacional.

A mayor abundamiento, debe señalarse que las citadas empresas han permitido, generado y desarrollado lo que se denomina "inversión extranjera directa", aquella que se define como la ***"(…) la inversión transfronteriza de una entidad residente de una economía invirtiendo en una empresa residente en otra (…)"*** (sic) [14], y que además se reconoce como un elemento fundamental del crecimiento económico de las economías emergentes y en vías de desarrollo.

En ese orden de ideas, debe destacarse que la necesidad de las empresas transnacionales de desplazarse en busca de nuevos mercados, ha creado la figura de los trabajadores internacionales, categoría laboral que surge para que las citadas empresas puedan ejecutar sus planes de expansión y de consolidación en nuevos mercados.

Y es que los citados trabajadores, como representantes de las empresas transnacionales, serán quienes se encargarán de dirigir las actividades empresariales en nuevos mercados, buscando que la apuesta por la captación y/o consolidación de los nuevos mercados sea exitosa. Se trata pues, de trabajadores de dirección o de técnicos especializados, que se desplazan no en busca de trabajo y/o de mejores condiciones laborales, sino en cumplimiento de las instrucciones impartidas por sus empleadores para cumplir encargos específicos y propios del nuevo orden económico mundial.

Sin embargo, y volviendo sobre una idea previa, es preciso destacar que la globalización económica es un fenómeno ambivalente, que tiene un lado positivo y otro negativo, porque genera oportunidades para el desarrollo económico, y al mismo tiempo agudiza las desigualdades existentes, porque privilegia el desarrollo de los sectores que cuentan con las capacidades suficientes para integrarse al proceso de globalización, marginando a quienes no las poseen, situación que hizo necesaria que a la par de la globalización económica, se planteara una globalización social, o económica con rostro humano, para mitigar los efectos negativos del citado fenómeno económico, máxime, si se tiene en cuenta que los citados efectos fueron inicialmente ignorados, y la globalización económica obliga a realizar un recorrido hacia adelante sin posibilidad de volver atrás.

A partir de allí la necesidad de construir una globalización con rostro humano y la necesidad de vigilar la vigencia de las normas laborales fundamentales. A partir de allí la necesidad de construir una dimensión social de la globalización, la que:

> ***"(…) supone la existencia de una globalización que se base en valores universales y en el respeto de los derechos humanos; que constituya una poderosa fuerza benigna cuyos beneficios se extiendan, sobre todo, a la población que vive en los Estados en desarrollo (…); y que se base en valores***

[14] Inversión Extranjera Directa y el crecimiento inclusivo. Los impactos en el progreso social. Deloitte. 2014. Pág. 4.

> ***compartidos que permitan a las personas reclamar una participación adecuada en la riqueza que ellas mismas contribuyeron a generar (…)"*** (sic) [15].

En tal sentido, y dada la situación descrita, la misma que revela una desprotección de la clase trabajadora, coincidimos con quienes afirman que ***"(…) de forma paralela a la globalización económica se debe re – potenciar la globalización de los derechos sociales, pues esta es la única forma a través de la cual los derechos laborales podrán expandirse y consolidarse en todos los Estados, eliminando los efectos negativos de la globalización económica (…)"*** (sic) [16].

La necesidad descrita precedentemente fue la que llevó a la **OIT**, a acuñar a mediados del año 1999, en su 87° Conferencia Anual, el concepto de Trabajo Decente.

El citado concepto se ha convertido en el eje de la acción institucional de la **OIT**, y es una garantía del cumplimiento de los derechos fundamentales para todos quienes prestan servicios en régimen de dependencia, incluidos los trabajadores internacionales, quienes a pesar de su condición laboral, necesitan la garantía de cumplimiento de sus derechos como persona y como trabajadores, sin que para ello sea relevante su nacionalidad, la nacionalidad de los accionistas de la empresa, el lugar en donde fueron contratados, o el lugar donde prestan sus servicios.

Es pues, en este contexto en el que resulta necesario revisar y analizar los retos que la movilidad internacional genera a todos los actores involucrados en el citado proceso.

III. DESAFÍOS PARA LOS TRABAJADORES

Como ya ha quedado dicho, los trabajadores internacionales son una expresión de la globalización económica, y una categoría laboral especial que surge para que las empresas transnacionales puedan ejecutar sus planes de expansión y de consolidación en nuevos mercados; y que normalmente se mueven para cumplir las políticas corporativas de las empresas trasnacionales a las que representan, y no en busca de trabajo y/o de mejores condiciones laborales.

Ahora bien, respecto de estos se advierte un hecho inusual, pues siendo el Derecho del Trabajo una disciplina jurídica que se encarga de proteger y de velar por los intereses del trabajador como prestador del servicio contratado y como parte débil de la

---

[15] Galindo Valer, Valeria. ***Trabajo decente: fundamentos, alcances y naturaleza jurídica de una institución en formación.*** Tesis para optar por el Titulo de Abogada. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2006. Pág. 48.

[16] Ibid. Pág. 50.

relación laboral, no existe literatura especializada que se preocupe y ocupe de la situación de los trabajadores internacionales.

Ciertamente, la teoría se ha concentrado en analizar el fenómeno migratorio laboral, aquél que se verifica cuando un trabajador decide abandonar su país de origen o de residencia en busca de trabajo o de mejores oportunidades laborales, tema que -sin embargo- no abordaremos, pues el mismo trasciende los alcances del presente ensayo.

Ahora bien, volviendo sobre los trabajadores internacionales, cabe señalar que la situación de los mismos puede parecer interesante, atractiva y hasta envidiable, sin embargo, puede ser que la misma no sea tan atractiva, pudiendo incluso ser considerada más que preocupante.

Y es que los trabajadores locales antes de convertirse en trabajadores internacionales, deben tener en cuenta y evaluar más de un aspecto.

En primer lugar, los citados trabajadores deberían preocuparse por celebrar por escrito un contrato de trabajo con la empresa transnacional o con aquella donde se ubique la sede central de la misma, a efectos de convertirse en trabajadores internacionales, con expresa referencia a las condiciones de su contratación, y, por cierto, a los derechos y obligaciones que le corresponderán en su nueva condición laboral.

Lo anterior resulta de singular importancia, pues muchas veces, en función de la establecido por las legislaciones de los países a los que decide desplazarse la empresa transnacional, será necesario que el trabajador internacional celebre un contrato de trabajo con una empresa domiciliada en el citado país, que forme parte del grupo de la empresa transnacional, lo que debería suspender el contrato de trabajo celebrado con la citada empresa transnacional.

Y es que, si el trabajador internacional termina su contrato de trabajo con la empresa transnacional, para celebrar e iniciar un nuevo contrato de trabajo en un país diferente y bajo reglas distintas, aunque lo haga con una empresa local del grupo económico de la empresa transnacional, no tendrá la certeza de volver a trabajar en la sede central de la referida empresa.

En segundo lugar, los trabajadores deberán analizar si les conviene asumir el reto y el riesgo de convertirse en trabajadores internacionales, y de iniciar -a partir de ello- un proceso de movilidad internacional, pues, aunque parezca una oferta importante, una apuesta por la persona, una muestra de confianza hacia el trabajador, no debe éste *(el trabajador)* perder de vista el riesgo que asume al dejar atrás su posición de trabajador local.

Ciertamente, los trabajadores locales que se convierten en internacionales se alejan de sus familias, por lo menos inicialmente, y cuando logran reunirse con ella, deben

prepararse para intentar insertarse en un nuevo grupo social y para adquirir y practicar nuevas formas y costumbres, lo que siempre genera incertidumbre y angustia, sin contar que dicho intento podría fracasar.

En tercer lugar, los trabajadores deberán analizar las posibilidades de volver a su condición de trabajadores locales, pues en algunas ocasiones, la propuesta para convertirse en trabajadores internacionales puede ser el inicio del fin, ya que no es infrecuente que algunos trabajadores internacionales después de ser desplazados por la empresa transnacional fuera de su país de origen, de residencia y/o de contratación, terminen su relación con aquella *(con la empresa transnacional)*, a veces en un país que no es el propio, y para volver a empezar desde el principio, lo que puede convertirse en una situación complicada.

Sobre el particular, debe apuntarse que aun cuando los trabajadores internacionales tengan la certeza de volver a ser trabajadores locales, no podrán tener la certeza de volver a ocupar la posición laboral que dejaron al convertirse en trabajadores internacionales. Y es que aquella puede estar ocupada, o puede haber desaparecido como consecuencia de una reestructuración interna, situación que algunas veces *(no pocas)*, obliga a los trabajadores internacionales a aceptar posiciones de menor nivel jerárquico, lo que -sin duda- supone un retroceso laboral que muy probablemente nunca se tuvo previsto como posibilidad cuando se recibió la oferta para convertirse en trabajadores internacionales.

En ese mismo orden de ideas, es preciso señalar que -normalmente- los procesos de internacionalización de trabajadores son todos temporales, y tienen un período máximo de duración, al vencimiento del cual deben optar por seguir moviéndose a otro país, y empezar nuevamente el proceso que implica laborar fuera del país de origen, o por seguir un proceso de relocalización, esto es, volverse trabajadores locales en el país que los recibió como trabajadores internacionales, lo que implica la pérdida de un conjunto de beneficios laborales, entre los cuales destaca el pago de un bono por desplazamiento, de otro para vivienda, etc.

A mayor abundamiento, y para entender el tema debe tenerse en cuenta que el problema de la internacionalización laboral no está al inicio del proceso, antes bien, el mismo es muchas veces sensacional y muy difícil de rechazar, sin embargo, será importante para los trabajadores no dejarse seducir por la fama, el éxito y el dinero que supone trabajar fuera del país de origen, ya que muchas veces los mismos son efímeros y pasajeros. Tendrán pues, en tales casos, los trabajadores locales tentados para convertirse en trabajadores internacionales, que actuar con visión de futuro y de largo plazo.

En cuarto y último lugar, los trabajadores locales que opten por la internacionalización deben tomar pleno y previo conocimiento del régimen tributario del país al que serán desplazados, pues muchas veces el citado régimen es diferente al de

sus países de origen, siendo más oneroso, sin contar el hecho que inicialmente tributaran como "no domiciliados" y sin ninguna ventaja tributaria, las que podrán alcanzar después de un período de tiempo de considerable duración [17]. Es cierto que, en algunos casos, los empleadores internacionales asumen el costo del impacto tributario que para un trabajador implica prestar servicios fuera de su país de origen. Empero, ello no es una regla general.

Así pues, es claro que los trabajadores que siendo locales, reciben una invitación de su empleador para convertirse en internacionales, pasada la euforia que ello puede generar, deben -respirar hondo y- tomarse el tiempo que resulte necesario para analizar las ventajas y desventajas de dar el citado paso, involucrando en el proceso de toma de decisiones a la familia, pues se trata de una decisión que sin duda la impactará y que, por tanto, le genera el legítimo interés y además el derecho de participar en el citado proceso.

Como es evidente, no estamos ante un hecho que sea siempre contrario a los intereses de los trabajadores, antes bien, puede que haya quienes consideren que se trata de una oportunidad que no puede ser rechazada por el crecimiento integral que ofrece, sin embargo, lo que es claro que el citado proceso tiene aspectos positivos y negativos, que deberán ser evaluados en su real y exacta magnitud para que se pueda tomar la decisión que se considere más conveniente.

IV. DESAFÍOS PARA LOS EMPLEADORES

Como ya ha quedado dicho, las empresas transnacionales son un producto de la globalización económica, que se presentan como conglomerados económicos que intentan maximizar su capital, buscando nuevos mercados a los que puedan expandirse y/o en los que puedan consolidarse, para lo cual les resulta indispensable convertir trabajadores locales en internacionales.

No obstante lo anterior, y a pesar de que la movilidad internacional se presenta como una consecuencia necesaria en el proceso de internacionalización de las organizaciones, se afirma que estas

> ***"(…) deben plantearse, en primer lugar, la necesidad o idoneidad de realizar traslados y, si son necesarios, deberá en segundo lugar poner en marcha los mecanismos oportunos para que, desde el momento en que se decide la necesidad de desplazar a un empleado hasta la fecha de su retorno, este***

[17] En el Perú, según lo establecido por la legislación tributaria, los trabajadores extranjeros inicialmente serán considerados como "no domiciliados" y pagaran el Impuesto a la Renta con tasa única de 30% sobre la renta de fuente peruana, y sin posibilidad de realizar ninguna deducción, hasta que adquieran la condición de "domiciliados", lo que sucederá después de que el trabajador extranjero permanezca en el país por lo menos ciento ochenta y tres (183) días naturales, y a partir del 1° de enero del año siguiente.

> ***proceso discurra de modo que minimice el riesgo de un posible fracaso de la expatriación (…)"*** (sic) [18].

Así pues, es claro que, aunque el nuevo orden económico mundial impone a las empresas transnacionales la necesidad de mover y desplazar trabajadores a nuevos mercados, la citada decisión debe ser debida y calmadamente tomada, pues se trata de un tema de singular importancia para la empresa en su condición de empleadora y, por tanto, de un proceso que al ser iniciado debería ser necesariamente concluido en el tiempo que corresponda y de manera satisfactoria, y no de manera anticipada, pues significaría que la decisión de desplazar al trabajador no fue la correcta.

Y es que, estamos pues, ante una decisión difícil y necesaria que las empresas transnacionales, en su proceso de crecimiento y consolidación, necesariamente deben enfrentar.

Por tanto, y teniendo en cuenta la citada necesidad, resulta que las empresas transnacionales en su condición de empleadores, deben enfrentar una serie de retos, los que se señalan a continuación.

En primer lugar, las empresas transnacionales, en cumplimiento de su permanente programa de expansión, deberán identificar el mercado al cual se quiere llegar, lo que supone y exige el análisis de las condiciones para poder ingresar al citado mercado, pues será necesario que las empresas transnacionales confirmen que el citado mercado está abierto a la inversión extranjera, y que cuenta con políticas de incentivo y promoción a la citada inversión.

Como es evidente, las empresas transnacionales no tienen ni tendrán ningún interés en invertir en países en los que no existan políticas de atracción a la inversión extranjera.

Complementando lo anterior, debe señalarse que para identificar un mercado como atractivo no basta solo con identificar si el mismo está abierto a la inversión extranjera, sino que además será necesario que las empresas transnacionales evalúen y determinen si cuentan con los recursos necesarios para entrar a competir en el mercado al que deciden ingresar.

Si en el citado mercado, está establecido y consolidado el competidor global de la empresa transnacional, probablemente ésta no tenga mayor interés en ingresar al referido mercado, salvo que el mismo sea enorme y se muestre como muy atractivo. Y es que como afirma Luis Vinatea:

---

[18] Salvador Espinosa de los Monteros Garde y Javier Verdeal Duran. ***Algunas reflexiones acerca de la movilidad internacional de trabajadores.*** La internacionalización de la empresa española. Noviembre – diciembre 2007. N° 839. Pág. 104.

> ***"(…) El juego de la actividad competitiva es simple: se compite donde es atractivo competir y cuando, en relación con los competidores, la posición de la empresa es buena. Pero por simple, el juego mencionado no deja de partir de un ejercicio de diagnóstico riguroso: detectar el impacto que diversas fuerzas tienen en el juego de la competencia, establecer el período o la capacidad de los competidores y reflexionar sobre las capacidades propias de la empresa. En efecto, si bien competir es un juego, él exige analizar diversos aspectos que constituyen el escenario donde se desarrollará el juego y otros referidos a los participantes del juego. Para esto existen muchas recetas y modelos, pero todos pasan siempre por el mismo esfuerzo: establecer qué tan atractivo es un mercado, analizar a los competidores y reflexionar sobre la capacidad interna de la propia empresa (…)"*** (sic) [19].

En segundo lugar, las empresas transnacionales después de identificar el mercado al cual se quiere ingresar, deben ejecutar un plan de penetración al citado mercado, para lo cual será necesario que cuenten con todos los recursos necesarios para ello, entre los cuales destaca el capital humano.

Ciertamente, la empresa debe determinar si cuenta con trabajadores internacionales disponibles para el nuevo proyecto de expansión, o si tiene trabajadores locales con la capacidad para convertirse en trabajadores internacionales. Lo anterior es de singular importancia y transcendencia, pues de nada servirá identificar un nuevo mercado sino se tiene el capital humano para entrar al mismo.

A tal efecto, reconociendo -como ya ha sido explicado- que para un trabajador no siempre es sencillo dejar su condición de trabajador local para convertirse en trabajador internacional, las empresas transnacionales deben crear la categoría de "trabajador internacional" con un conjunto de beneficios laborales que haga atractivo el cambio de categoría laboral.

Así pues, será importante que las empresas trasnacionales ofrezcan a sus trabajadores internacionales una remuneración básica atractiva, bonos por cumplimiento de objetivos, bonos por desplazamiento, apoyo y soporte para procedimientos y trámites migratorios, traslado de enseres y efectos personales, seguro médico internacional, vivienda, diferencial tributario, derecho de retorno, beneficio ascendente por tiempo de servicio en caso de despido, etc.

---

[19] Vinatea, Luis. ***Posición competitiva empresarial y flexibilidad. La normativa laboral peruana y su relación con la competitividad empresarial.*** En: Organización Internacional del Trabajo. Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Lima, 2000. Pág. 269.

Lo anterior, obligará a las empresas transnacionales a construir un sistema de compensaciones para sus trabajadores internacionales que no solo sea atractivo para los mismos, y competitivo para la propia empresa, sino que además sea flexible y versátil para adaptarse a las legislaciones de los países en los que se decide invertir.

Será pues necesario, que las empresas transnacionales tengan sistemas y estructuras de compensación lo suficientemente flexibles para poder adaptarse a las legislaciones de los países en los que deciden tener presencia, para, por ejemplo, incorporar los beneficios laborales que sean propios de los citados países, sin que por ello o para ello sea necesario romper la coherencia interna de los referidos sistemas de compensaciones. Así, por ejemplo, será necesario que las empresas transnacionales que decidan invertir en el Perú incorporen en sus sistemas de compensaciones la participación en las utilidades, la compensación por tiempo de servicios, entre otros, pues se trata de beneficios que tienen la categoría de indisponibles y están protegidos por el principio de irrenuniciabilidad de derechos.

Como contraparte, será también necesario que las empresas transnacionales les establezcan a los trabajadores internacionales una serie de obligaciones, que le permitan proteger las apuestas que realizan. Y es que, en cierta forma, se trata de una apuesta común de la empresa y del trabajador, pues ambos arriesgan: la empresa su dinero, y el trabajador su futuro laboral.

En ese sentido, la empresa podrá proponer como obligación de los trabajadores internacionales un deber de permanencia y un período mínimo de desplazamiento, para asegurarse de que éstos *(los trabajadores)* no abandonen el proyecto antes de tiempo; e incluso un deber de no competencia, que opere en caso los trabajadores internacionales decidan apartarse del proyecto antes de tiempo y, además, dejar la empresa transnacional con la intención de iniciar un proceso de colaboración con alguna corporación de la competencia.

En tercer lugar, y en estrecha relación con lo anterior, las empresas transnacionales deberán revisar la legislación laboral de los países en los que deciden invertir, para compatibilizarlas con sus políticas internas, y para determinar cuáles son las acciones que deberán ejecutarse a efectos de lograr que el trabajador internacional pueda prestar servicios en el nuevo mercado.

La elección de un nuevo mercado por parte de una empresa transnacional, y la decisión de invertir en el mismo, obliga a revisar, entre otras materias, la legislación laboral vigente del país respectivo, para confirmar que la misma es compatible con sus políticas internas, y para poder realizar los ajustes que resultaran necesarios a la oferta laboral para el desplazamiento internacional.

Aunque es claro que las empresas transnacionales tienen sus propias políticas y planes de compensación para sus trabajadores locales e internacionales, es claro también

que siempre será necesario revisar la legislación interna de los países de destino de la inversión, a efectos de realizar los ajustes que resultaran necesarios a la oferta final para el desplazamiento internacional, máxime si se tiene en cuenta que por el principio de irrenunciabilidad de derechos, los acuerdos laborales de las empresas transnacionales y de los trabajadores internacionales deben respetar los derechos mínimos e indisponibles regulados por la legislación laboral del país al cual corresponde el nuevo mercado.

Así pues, resulta que las asignaciones internacionales, como también se identifica a la movilidad internacional, son un reto tanto para el trabajador como para las empresas. En ese sentido, hay quienes afirman que:

> ***"(…) una de las mayores preocupaciones de las organizaciones es que sus expatriados finalicen su proyecto con éxito y en el menor tiempo posible. A su vez, los profesionales propuestos para ser expatriados muestran como regla general, incertidumbres relativas a su carrera profesional, así como a las condiciones personales y profesionales que tendrán que afrontar tanto durante su desplazamiento como en el momento de su retorno. En ese contexto, los aspectos familiares son, sin duda, uno de los principales temas que la organización debe abordar con el fin de asegurar el éxito del desplazamiento (…)"*** (sic) [20].

Son pues, varios los retos que deben enfrentar las empresas que deciden internacionalizarse, o para seguir creciendo o para consolidar su posición global.

A mayor abundamiento, debe apuntarse que hay quienes afirman que entre los retos que las empresas transnacionales deben enfrentar, se cuentan muchos problemas prácticos, entre los cuales destacan ***"(…) problemas para contener los costes de movilidad, de asegurar que las políticas de movilidad internacional se cumplen, de cumplir con innumerables regulaciones cada vez más complejas y exigentes, o de controlar los riesgos asociados a los viajeros frecuentes (…)"*** (sic) [21], por lo que es claro que son varios y variados los retos que deben enfrentar las empresas transnacionales.

V. DESAFÍOS PARA LOS ESTADOS

Como ya ha quedado dicho, desde hace varios años los Estados se mueven en un contexto de integración económica, marcado por la apertura comercial, por el crecimiento de las inversiones y de las finanzas internacionales en economías abiertas y

---

[20] Salvador Espinosa de los Monteros Garde y Javier Verdeal Duran. Ob. Cit. Pág. 104.

[21] Sol, Jaime. ***El futuro de la movilidad internacional: ¿estamos preparados?*** En: Capital Humano. Madrid, 2018.

desreguladas, lo que ha empoderado a las empresas transnacionales, y que se denomina globalización económica.

Como es evidente, el citado fenómeno económico es ambivalente, pues tiene un lado positivo y otro negativo, porque genera oportunidades para el desarrollo económico, y al mismo tiempo agudiza las desigualdades existentes, y porque privilegia el desarrollo de los sectores que cuentan con las capacidades suficientes para integrarse al proceso de globalización, marginando a quienes no las poseen.

En ese contexto, es más que evidente que los Estados, todos, hacen esfuerzos importantes por ser parte del citado fenómeno económico para beneficiarse del mismo y, específicamente, de la inversión extranjera directa.

Y es que, el desarrollo económico, acompañado del desarrollo social, solo podrá lograrse si se atrae a las empresas transnacionales y con ellas, a la inversión extranjera directa. Al respecto, corresponde destacar que el crecimiento y desarrollo económico, solo será importante, destacable y aplaudible, si va acompañado de mejoras sociales.

En ese sentido, se afirma que:

> ***"Para verdaderamente entregar el crecimiento inclusivo, los responsables políticos, empresas e instituciones globales necesitan ver más allá de los indicadores económicos. El progreso social atrae tanto desarrollo como así también Inversión Extrajera Directa (IED). El progreso social se desarrolla a través de la infraestructura, instituciones, la seguridad y estabilidad política, y las capacidades y calidad de vida ayudan a los países a subir en la escalera del crecimiento económico y social. En algunos mercados, la IED falla en entregar progreso social, por ejemplo, cuando el crecimiento económico es muy rápido y desbalanceado entre industrias y cuando el ambiente político crea inestabilidad. Tomar una visión holística del crecimiento inclusivo puede ayudar a los gobiernos a enfocarse en su forma de hacer políticas, apoyar organizaciones internacionales y ONGs, e informar decisiones de inversión por parte de corporaciones multinacionales para promover una prosperidad compartida"*** (sic) [22].

Así pues, es claro que los Estados que decidan atraer empresas transnacionales e inversión extranjera directa, deben realizar una serie de esfuerzos, entre los cuales, cabe destacar a los que se señalan a continuación.

---

[22] Inversión Extranjera Directa y el crecimiento inclusivo. Los impactos en el progreso social. Deloitte. 2014. Pág. 4.

En primer lugar, los Estados deben mostrarse atractivos para las empresas transnacionales, pues son estas, las que se encargan de generar los beneficios de la globalización económica. Para ello, los Estados ejecutarán una serie de medidas que les permitan lograr estabilidad política y social, que los haga viables en términos económicos, y mostrarse atractivos a la inversión extranjera.

Y es que las empresas transnacionales para decidir dónde invertir, no solo buscan espacios en los que se atraiga a la inversión extranjera, sino espacios en los que exista estabilidad política y social. Ciertamente, la inversión extranjera busca llegar a los Estados en los que las fuerzas políticas están alineadas y no conflictuadas, y en los que las políticas públicas respondan a los intereses de la sociedad civil.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, los Estados deben diseñar y ejecutar políticas públicas orientadas a la atracción de las empresas transnacionales, y específicamente de la inversión extranjera directa, máxime, si como ya ha quedado dicho, las citadas empresas son las que encargan de la apertura y del movimiento comercial, y de lograr las ventajas de la globalización económica.

Sobre el particular, hay quienes reconocen que:

> ***"(…) Dada la función que puede cumplir la IED a los efectos de acelerar el crecimiento y la transformación de la economía, los países en desarrollo están vivamente interesados en atraerlas. En consecuencia, están adoptando medidas encaminadas a mejorar los principales factores que influyen sobre la elección del lugar de destino de la inversión extranjera directa"*** (sic) [23].

En el mismo orden de ideas, corresponde señalar que para los Estados en vías de desarrollo, aquellos que buscan alcanzar los beneficios generados por la globalización económica, la inversión extranjera directa es de singular importancia, pues la misma no solo permitirá:

> ***"(…) incrementar los recursos disponibles para la realización de inversiones y la formación de capital; sino que constituye también un vehículo de transferencia de tecnología de producción, capacidad técnica, capacidad de innovación y prácticas institucionales y de gestión entre distintos sitios, y además permite obtener acceso a redes internacionales de comercialización (…)"*** (sic) [24].

---

[23] Padma Mallampally y Karl Sauvant. ***La inversión extranjera en los países en desarrollo.*** En: Finanzas y Desarrollo. Marzo, 1999. Pág. 36.

[24] Ibíd. Págs. 35 y 36.

Así pues, los Estados deben contar con una legislación que atraiga a las empresas transnacionales y, claro está, facilite la inversión extranjera, sin perder de vista los aspectos sociales, y descuidar la protección de los derechos laborales de sus trabajadores. Y es que como ya ha quedado dicho, el crecimiento y desarrollo económico no debe lograrse sin mejoras sociales, y menos aún a costa de la reducción de condiciones de bienestar de la fuerza laboral, caso contrario, se verificará un supuesto de dumping social.

Refiriéndonos a este, debe señalarse que el dumping social es una práctica de competencia desleal ejecutada por algunas empresas transnacionales que se basa en la explotación y bajos salarios de los trabajadores de países en vías de desarrollo, para a partir de ello reducir los costos laborales de producción y poder ofrecer precios más competitivos, con la finalidad de aumentar y maximizar los beneficios.

Es importante que, en este nuevo orden económico mundial, se eviten las prácticas de dumping social, pues los efectos que el mismo genera, no solo afectan a los trabajadores de los Estados en vías de desarrollo, que se esfuerzan por atraer la inversión extranjera, sino también a los trabajadores de los Estados desarrollados, que son los que albergan a las empresas transnacionales y exportan trabajadores conjuntamente con el capital y la inversión extranjera.

Ciertamente, estos últimos, esto es, los Estados desarrollados al ejecutar prácticas de dumping social, verán reducida la inversión empresarial, y con ella sufrirán una reducción de la tasa de empleo, y de recaudación tributaria, pues al preferirse la inversión en el extranjero, las empresas transnacionales deberán reducir sus tamaños en los Estados desarrollados, con la consecuente reducción de operaciones, de inversión y de tributos pagados.

A su turno, a los Estados en vías de desarrollo los condenarán a tener una clase trabajadora precaria y desprotegida, situación de hecho que difícilmente podrá impulsar y empujar un crecimiento económico sostenido que genere bienestar. De ahí la importancia de evitar el dumping social.

En tercer lugar, y siempre en relación con lo anterior, los Estados deben contar con una legislación laboral que sea competitiva y atractiva a la inversión extranjera; así como con una legislación migratoria que facilite a los trabajadores internacionales en su condición de extranjeros la obtención de los respectivos permisos de trabajo.

Al respecto, resulta necesario poner como ejemplo lo que sucede en el Perú, que en su intento de mostrarse atractivo para la inversión extranjera no ha sabido diseñar, articular y ejecutar procedimientos para que los trabajadores extranjeros, muchos de ellos trabajadores internacionales de empresas transnacionales, puedan obtener de manera fácil y rápida, sus respectivos permisos de trabajo.

Lo propio para que sus familias, esposa e hijos, obtengan la residencia en el país, pues para ello debe presentarse partidas de matrimonio y de nacimiento debidamente apostilladas con una antigüedad máxima [25], lo que muchas veces se presenta como una clara dificultad, dadas las complicaciones que se generan para que trabajadores que por tener la condición de internacionales han contraído matrimonio y tenido hijos en países en los que ya no residen.

En cuarto lugar, a la par de atraer la inversión extranjera, los Estados deben proteger su mercado de trabajo interno, favoreciendo la contratación de trabajadores locales y limitando la contratación de trabajadores extranjeros. Tarea complicada si se tiene en cuenta que los beneficios de la globalización económica y, específicamente, de la inversión extranjera, se logrará incentivando esta última, lo que obliga al mismo tiempo a facilitar la contratación de trabajadores extranjeros, y la obtención de sus respectivos permisos de trabajo.

En quinto lugar, los Estados deben contar con reglas claras para resolver los conflictos de leyes y de jurisdicciones que se generen con ocasión de la contratación de trabajadores extranjeros, esto es, de los trabajadores internacionales de las empresas transnacionales.

Y es que, sin ninguna duda la existencia de empresas transnacionales, y el desplazamiento de trabajadores internacionales, de un lugar a otro y, más específicamente, de un Estado a otro, crea relaciones de trabajo internacionales.

Así pues, si cada Estado en virtud de la soberanía que detenta está autorizado para establecer sus leyes y ejercer la competencia jurisdiccional, el desplazamiento de empleadores y de trabajadores de un Estado a otro habrá de vincularlos generando en ellos un interés por regular no sólo el acuerdo de voluntades internacional, sino también, y principalmente, la relación jurídica internacional derivada del citado acuerdo.

Esa vinculación de ordenamientos jurídicos genera una relación jurídica internacional y, simultáneamente, un conflicto de leyes, pues cada Estado vinculado con ella, pretenderá aplicar su derecho privado para regular las obligaciones contractuales derivadas del contrato internacional.

Entonces, resulta inobjetable que la movilidad internacional de empleadores y de trabajadores o tráfico externo de empleadores y de trabajadores, es un dato esencialísimo para determinar la existencia de una relación jurídica internacional, a la cual podemos

[25] La antigüedad oscila entre seis (6) y doce (12) meses, lo que ciertamente resulta un exceso, pues el transcurso del tiempo no cambia la relación de consanguinidad, aunque si la de parentesco por matrimonio, por lo que, en tal caso, podría solicitarse que la partida de matrimonio tenga una antigüedad máxima de tres (3) años.

definir como aquella que se encuentra vinculada a más de un ordenamiento jurídico y, en consecuencia, a más de una autoridad jurisdiccional.

En efecto, estaremos ante una relación jurídica internacional cuando exista más de un Estado interesado en regular las obligaciones contractuales derivadas de un contrato internacional y, en conocer y resolver los eventuales conflictos de intereses surgidos con ocasión de la ejecución de la mencionada relación jurídica internacional.

Habida cuenta de lo anterior, y teniendo en cuenta que el carácter internacional de las relaciones de trabajo sólo puede ser otorgado por el lugar de celebración del contrato de trabajo o, por el lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales, es claro que cuando dichos eventos sucedan en espacios físicos distintos, es decir, cuando el contrato de trabajo se celebre en el territorio de un Estado, y la relación laboral se ejecute en el territorio de otro Estado, estaremos, sin ninguna duda ante una relación de trabajo internacional.

En tal caso, será frecuente que el contrato sea celebrado en el Estado de origen o de residencia del trabajador y, ejecutado en un territorio distinto donde muy probablemente será considerado extranjero, o trabajador internacional.

Ahora bien, debe quedar claro, que la necesidad de que el contrato sea ejecutado en un Estado distinto de donde fue celebrado, no quiere decir que no pueda ser ejecutado sucesivamente en el territorio de varios Estados, pues ello, lejos de cuestionar el carácter internacional de la relación jurídica, la afianzará.

De cuanto queda dicho, podemos concluir que, en materia de Derecho del Trabajo, la regla general para la creación de una relación de trabajo internacional exige el desplazamiento de trabajadores del territorio de un Estado a otro o, lo que es lo mismo, la ejecución de las obligaciones contractuales en más de un territorio nacional.

Es pues, en ese contexto en el que se presentan dificultades para determinar qué autoridad jurisdiccional es competente para resolver los conflictos generados entre las empresas transnacionales y los trabajadores internacionales, y qué legislación es la que debe aplicar la citada autoridad jurisdiccional para resolver los ya referidos conflictos [26].

---

[26] Al respecto, se afirma que ***"(…) La movilidad geográfica internacional de trabajadores, en tanto que supuesto de contrato internacional de trabajo, supone, en efecto, la aparición de elementos no nacionales o de extranjería en el transcurso de la ejecución de la prestación de servicios. En concreto, en supuestos de trabajo temporal en el extranjero, la relación laboral incorpora tales elementos desde el momento en que el trabajador desarrolla su actividad en un país distinto al de prestación habitual de servicios. La relación de trabajo en régimen de movilidad geográfica internacional se convierte, por tanto, en una situación privada internacional.***

En relación con ello, es preciso advertir que las situaciones privadas internacionales, incluidos los supuestos de trabajo temporal en el extranjero, son situaciones de 'conflicto móvil'. Quiere ello decir que la presencia de elementos de extranjería supone la vinculación

De acuerdo con lo anterior, debe señalarse que la regla general para la determinación de la jurisdicción competente en una relación internacional está dada por la atribución de competencia al juez del lugar del domicilio del demandado. Consideramos conveniente reconocer la competencia del juez del lugar del demandado, pues ello salvaguarda el interés del demandado y le garantiza su derecho a un debido proceso.

No obstante lo anterior, teniendo en consideración que en una relación de trabajo el demandando es -casi- siempre el empleador, y que el demandante es -casi- siempre el trabajador; que en una relación de trabajo internacional los lugares de celebración y ejecución del contrato de trabajo son distintos; que los lugares de celebración y ejecución generalmente se identifican con el domicilio del trabajador y del empleador, respectivamente; y que demandar en el domicilio del empleador, puede resultar para el trabajador la carencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, creemos necesario ofrecer al trabajador la posibilidad de optar por otros foros también conectados con la relación de trabajo internacional.

Y es que la determinación de la competencia de los tribunales, se debe hacer atendiendo al interés de ambas partes, y no solamente al interés del demandado o del demandante.

Así pues, entendemos que excepcionalmente y a elección del trabajador internacional, éste debería poder demandar ante el juez del lugar de ubicación del centro de trabajo, cuando no coincida con el domicilio del demandado; ante el juez del lugar de celebración de contrato de trabajo, cuando no coincida con el domicilio del demandante; o ante el juez del lugar de domicilio del demandante. Es decir, ante cualesquiera de los foros conectados con la relación de trabajo internacional.

En todos los casos propuestos, existe un punto de vinculación que justifica la actuación de cualquier tribunal que sea elegido *(el del lugar de ejecución del servicio, de celebración del contrato o del domicilio del trabajador)*, pues en todos ellos, el empleador, en su condición de demandado, tendrá garantizado su derecho de defensa y a la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que en todos ellos ha tenido presencia.

Ahora bien, para determinar la ley aplicable, la regla general es que se aplique la ley del lugar de ejecución de la relación laboral, no solo por la vinculación establecida

---

de la relación contractual, al menos, con otro ordenamiento jurídico nacional, planteando, en consecuencia, dificultades de determinación de la competencia judicial internacional y del Derecho aplicable. Ello evidencia que el estudio del régimen jurídico – laboral de la prestación temporal de servicios en el extranjero no puede hacer abstracción del análisis de las normas sobre el particular que dispone el Derecho Internacional Privado, pues en supuestos de movilidad geográfica internacional por efecto de dicha alteración locativa, entran en colisión, principalmente, los ordenamientos jurídicos del país de origen y de destino de la prestación temporal de servicios" (sic).

Ver, Molina Martin, Amparo. Ob. Cit. Págs. 89 y 90.

entre la relación jurídica y el derecho del territorio en el que se ejecuta, sino también por la prevalencia del principio de territorialidad de la ley, que autoriza a los Estados a subordinar a su derecho todas las relaciones jurídicas ejecutadas en su territorio.

Sin embargo, no pretendemos desconocer las limitaciones del criterio en cuestión, pues reconocemos que la ley del lugar de ejecución funciona eficientemente solo cuando la relación de trabajo internacional se desarrolla en el territorio de un único Estado extranjero, fracturándose cuando ella se ejecuta sucesivamente en varios territorios extranjeros, o no puede determinarse el mismo con exactitud.

Así pues, para cuando la ley del lugar de ejecución no sea suficiente, la ley aplicable debería ser determinada por la autonomía privada, es decir, elegida por las partes. La determinación de la ley por elección de las partes se sostiene porque el principio de la territorialidad no prohíbe la aplicación de un derecho extranjero y, porque el orden público laboral *(en este caso, propuesto por el concepto de Trabajo Decente)* filtra su aplicación, rechazando la de aquella legislación que lo vulnere, lo que permite disipar el temor de que el empleador imponga una ley violatoria de derechos laborales.

Sin embargo, no debe apostarse por un poder absoluto e ilimitado de las partes para la elección de la ley aplicable, sino por uno relativo y limitado, que permita a las mismas elegir entre cualesquiera de los derechos razonablemente vinculados a la relación de trabajo internacional, llámese de la nacionalidad de las partes, de su domicilio, del lugar de celebración del contrato o de ejecución de la relación jurídica.

Luego, consideramos que la ley aplicable debe ser determinada por la autonomía privada, y solo para cuando las partes guarden absoluto silencio, sea la del lugar de ejecución de las relaciones de trabajo.

En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, resulta que, en el nuevo orden económico mundial, los Estados, especialmente aquellos en vías de desarrollo, deben atraer inversiones, para lo cual deben mostrarse abiertos e interesados en la inversión extranjera; ofrecer estabilidad política y social; y garantizar y exigir la generación de Trabajo Decente, esto es, de trabajo productivo con un catálogo mínimo de derechos para quienes presten servicios en un régimen de dependencia.

Además, los Estados deberán diseñar políticas púbicas orientadas a la protección de la mano de obra local, sin obstaculizar la importación de mano de obra sobre todo calificada, facilitando la contratación de trabajadores extranjeros, y la obtención de permisos de trabajo, así como estableciendo reglas claras y precisas que permitan resolver los conflictos de jurisdicciones y de leyes que se generen a partir de la celebración y ejecución de relaciones de trabajo internacional, para lo cual deberán contar con un concepto de Trabajo Decente.

Así pues, es clara la transcendencia del concepto de Trabajo Decente para los Estados en vías de desarrollo, los que deben enfrentar los retos que les genera el nuevo orden económico mundial, y específicamente la atracción de inversiones extranjeras, la movilidad internacional de trabajadores, y la protección de su mano de obra local.

VI. DESAFÍOS PARA LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Como ya ha quedado dicho, son innegables los efectos positivos de la globalización económica, como también lo son los efectos negativos de la misma.

En tal sentido, dada la necesidad de construir una globalización económica con rostro humano, y de vigilar la vigencia de las normas laborales fundamentales, desde la década de los años 90 surgió la necesidad de globalizar también lo social.

Ciertamente, desde mediados de la década de los años 90, era evidente la preocupación por las consecuencias económicas de la globalización.

Al respecto, cabe apuntar que la **OIT** sin advertir que sentaba las bases para una nueva época y una nueva fase de desarrollo institucional, en 1994, y ante la necesidad de impulsar la ratificación de los convenios internacionales de trabajo, decidió reexaminar su función legislativa, el grado de eficacia de los convenios producidos, y la adecuación de los mismos al mundo actual.

Como consecuencia de lo anterior, se propuso y se acogió un criterio de clasificación de los convenios internacionales de trabajo en función de su nivel de trascendencia estableciéndose las categorías que se señalan a continuación: fundamentales, prioritarios y generales.

Un año después *(en 1995)*, y en la misma idea de expresar la referida preocupación, se celebró en Copenhague la Cumbre Mundial para el Desarrollo Social, la que contó con la participación de ciento diecisiete (117) Jefes de Estado y permitió a dichas autoridades asumir el compromiso de abordar tres (3) cuestiones fundamentales: (i) la erradicación de la pobreza; (ii) la promoción del pleno empleo; y (iii) el fomento de la integración social, en especial de los grupos más desfavorecidos.

Siendo explícitos cabe apuntar que en dicha Cumbre los representantes de los Estados participantes acordaron ejecutar las medidas necesarias para

> ***"(…) alcanzar el objetivo de velar por la existencia de buenos puestos de trabajo y salvaguardar los derechos e intereses básicos de los trabajadores y con tal fin promoveremos la observancia de los convenios pertinentes de la Organización Internacional de Trabajo incluidos los que tratan la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo infantil, la libertad***

> ***de asociación, el derecho de sindicación y la negociación colectiva y el principio de no discriminación"*** (sic).

Como consecuencia de la misma preocupación, al año siguiente, en 1996, se realizó la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (**OMC**), evento en el cual se reconoció la importancia de observar las normas internacionales que regulaban derechos laborales fundamentales, y se identificó a la **OIT** como el organismo encargado y responsable de vigilar y hacer respetar los referidos derechos.

En el informe elaborado con ocasión de la realización de la referida conferencia, y bajo la presidencia de Juan Somavia *(quien años más tarde sería el Director General de la **OIT** y el creador del concepto de Trabajo Decente)*, los ministros de Comercio, Relaciones Exteriores, Hacienda y Agricultura de más de ciento veinte (120) Estados, renovaron el

> ***"(…) compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. La Organización Internacional del Trabajo es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas, y afirmamos nuestro apoyo a su labor de promoción de las mismas. Consideramos que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas. Rechazamos la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y convenimos en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios (…)"*** (sic).

Hacia fines de la década de los años 90, la preocupación antes mencionada se hizo evidente en la **OIT**, la que ya bajo la Dirección General de Juan Somavia [27] diseñó y desplegó una serie de acciones orientadas a modernizar la organización, ocuparse de temas sociales y reafirmar la necesidad de proteger a los trabajadores.

La citada preocupación fue consecuencia de una comprobación objetiva que obligaba a actuar de manera diferente, y es que el escenario mundial de fines del siglo XX no era el mismo que el de las primeras décadas del mismo siglo.

---

[27] Juan Somavia fue elegido noveno Director General de la **OIT** por el Consejo de Administración el 23 de marzo de 1998. Asumió su mandato de cinco (5) años el 4 de marzo de 1999, convirtiéndose así en el primer representante del hemisferio sur en dirigir la **OIT.** En marzo de 2003, fue reelegido para un segundo mandato de cinco (5) años, y para un tercer mandato el 18 de noviembre de 2008.

Siendo explícitos y recogiendo lo apuntado por Alfredo Villavicencio, notable laboralista peruano, cabe señalar que no es posible:

> ***"(…) pretender que la regulación del derecho del trabajo del siglo XXI siga la misma dinámica que las primeras normas laborales que se emitieron tras la revolución industrial. Sobre todo, porque estamos frente a un contexto distinto, en el cual los sistemas nacionales de relaciones laborales y en especial la legislación nacional se viene mostrando cada vez menos eficiente para regular un fenómeno que se desarrolla o tiene sus causas a un nivel internacional. Por lo tanto, se debe abandonar los modelos clásicos del actuar político, debido a que los sistemas nacionales se muestran insuficientes para regular los fenómenos que presenta la globalización (…)"*** (sic) [28].

En el mismo sentido, Malva Espinoza, sostiene que

> ***"(…) hoy tenemos un tipo de empresa muy diferente a la paradigmática fábrica del siglo XX, un tipo de trabajador diferente al obrero, empleado o profesional que iniciaba su carrera laboral pensando en la estabilidad y la movilidad ascendente, y una normativa laboral que está siendo desbordada por la inestabilidad, la flexibilización de la empresa y del empleo y por la cultura y la ideología de empleadores y trabajadores. En este desbordamiento de la normativa laboral hay cada vez más trabajadores, hombres y mujeres, calificados y no calificados y aun profesionales y técnicos que caen en la desprotección social, porque 'no caben' en la normativa laboral, pero tampoco son capaces de insertarse individualmente en los mecanismos de mercado que les son adjudicados como vías de inserción individual. Al debilitarse la idea de lo 'colectivo' y las formas de expresión y de organización colectiva, los mecanismos clásicos y la institucionalidad laboral que algunos estaban asociados a la sociedad industrial se muestran cada vez más débiles e ineficaces para cumplir con algunos mandatos de equidad y justicia social (…)"*** (sic) [29].

En tal sentido, y dada la situación descrita, la misma que revela una desprotección de la clase trabajadora, coincidimos con Valeria Galindo cuando afirma que ***"(…) de forma paralela a la globalización económica se debe re – potenciar la globalización***

---

[28] Villavicencio Ríos, Alfredo. Ob. Cit. Pág. 190.

[29] Espinoza, Malva. ***Trabajo decente y protección social. Eje para la acción sindical.*** Oficina Internacional del Trabajo. Santiago, 2003. Pág. 2.

de los derechos sociales, pues esta es la única forma a través de la cual los derechos laborales podrán expandirse y consolidarse en todos los Estados, eliminando los efectos negativos de la globalización económica (…)" (sic) [30].

Fue en ese contexto, que, en el seno de la **OIT**, durante la 87° Reunión Anual, surge el concepto de Trabajo Decente, el cual propone el respeto de un catálogo mínimo de derechos laborales que responden a la condición humana del trabajador, y que se ha convertido en el eje de la acción institucional del citado organismo internacional.

Siendo explícitos, cabe señalar que el Trabajo Decente, como respuesta a una nueva realidad, marcada por la expansión de la economía capitalista, el predominio de los mercados, y del capital financiero, es un concepto promocional que pretende acceso al empleo; trato justo y equitativo; remuneración justa; condiciones laborales adecuadas; ambiente de trabajo seguro; protección en caso de desempleo; cobertura de salud y previsional; formación y capacitación; participación y motivación; y participación colectiva.

Como bien apunta, Philippe Egger y Werner Sengenberger ***"La combinación de todas o algunas de estas diez dimensiones pueden conformar el concepto de trabajo decente para todos los hombres y mujeres. La combinación y la ponderación otorgada a cada una dependerá de las circunstancias particulares del país, la región y la empresa"*** (sic) [31] (el subrayado es nuestro).

Así pues, en términos genéricos, podemos afirmar que el Trabajo Decente es aquél -trabajo- que se considera productivo con derechos, y que específicamente puede ser identificado con aquél que se genera basado en el principio de causalidad *(a plazo indefinido o temporal)*; que se ejecuta en una jornada razonable; que se remunera de manera adecuada; en el que se reconocen derechos *(a horas extras, descanso semanal, vacaciones, etc.)*; que se ejecuta en un ambiente de trabajo seguro y saludable; en el que se recibe capacitación y formación laboral; que se ejecuta con cobertura previsional y de salud; que autoriza al ejercicio pleno de los derechos colectivos *(sindicación, negociación colectiva y huelga)*; y que permite el acceso al diálogo social.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe destacarse que, en el nuevo orden económico mundial, la **OIT** y la **OMC**, tienen la obligación y el compromiso de no solamente reconocer el Trabajo Decente, sino además de promoverlo, pues como ya ha quedado dicho no solo debe globalizarse lo económico, sino también lo social, máxime si el crecimiento económico no está reñido con la vigencia y respeto de los derechos laborales.

---

30 Galindo Valer, Valeria. Ob. Cit. Pág. 50.

31 Philippe Egger y Werner Sengenberger. Ob. Cit. Pág. 31.

Con relación a lo anterior, debe destacarse que un estudio realizado por Daram Ghai [32], ex – Director del Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social, sobre la sobre la medición del Trabajo Decente en países industrializados, muestra que aquellos -países- que mejores índices de Trabajo Decente presentan, son aquellos que obtienen los mejores resultados económicos, lo que revela que los buenos resultados económicos no se obtienen a costa de la desprotección laboral; y que la mayor cobertura de la protección laboral no está reñida con el desarrollo económico, antes bien, pareciera que se trata de resultados que mutuamente se condicionan [33].

Mención aparte y específica merecen los organismos internacionales de alcance regional, específicamente, la Comunidad Andina *(en adelante, **CAN**)*, que en el mismo orden económico mundial tienen la obligación de permitir y de garantizar la libre circulación de trabajadores comunitarios, lo que a su vez facilitará a las empresas del mismo ámbito avanzar con el proceso de internacionalización, de modo que puedan convertirse en empresas transnacionales de alcance global.

En ese sentido, fue que la **CAN** en la Décimo Primera Reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Antioquia, Colombia, los días 24 y 25 de junio del año 2003, aprobó la Decisión N° 545, Instrumento Andino de Migraciones Laboral [34], con la finalidad de facilitar la migración laboral en el espacio intracomunitario, y de lograr la aprobación de normas que permitan de manera progresiva y gradual la libre circulación y permanencia de los nacionales andinos en la misma región andina con fines laborales.

Asimismo, cabe señalar que, entre otros temas, la Decisión N° 545, creó la figura del "Trabajador Migrante Andino", al que define como el nacional de un país miembro que

---

32 Ver, Ghai, Dharam. ***Trabajo decente. Concepto e indicadores.*** En: Revista Internacional del Trabajo. Volumen 122, Número 2, Ginebra, 2003. Págs. 149 a 154.

33 Ver, Cornejo Vargas, Carlos. ***El Trabajo Decente en el Perú.*** Tesis para optar por el Grado de Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2010. Págs. 66 y 67.

34 Al respecto, se afirma que ***"(…) la Decisión 545, 'Instrumento Andino de Migración Laboral', es la norma comunitaria que responde a los nuevos retos de la económica globalizada y a las características que presentan mercados de trabajo tan volátiles, que reconoce el derecho a la migración laboral como el derecho de los trabajadores de los países de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú que puede ser ejercido en cualquiera de los países andinos, y que impone obligaciones y responsabilidades a los Países Miembros"*** (sic).

Ver, Rosas, Haydee. ***Derecho a la migración laboral y el fortalecimiento de la empleabilidad en la Comunidad Andina.*** Tesis para optar el grado de Magister. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2014. Pág. 40.

se traslada a otro país miembro con fines laborales bajo relación de dependencia sea en forma permanente o temporal, reconociéndole el derecho al trato de nacional con todos sus efectos.

Ciertamente, el artículo 10° de la referida norma comunitaria dispone se reconozca el principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos los trabajadores migrantes andinos en el espacio comunitario, prohibiéndose la discriminación por razones de nacionalidad, sexo, raza, credo, condición social u orientación sexual.

De acuerdo con lo anterior, será pues, necesario que los Estados miembros de la **CAN** actualicen y adecuen su legislación a la Decisión N° 545, que establece, entre otros temas, que se deben aprobar procedimientos que faciliten la contratación de trabajadores extranjeros y la obtención de los respectivos permisos de trabajo [35], lo que en caso peruano, no ha sucedido respecto de las facilidades migratorias.

Y es que no existe en la legislación migratoria peruana ningún procedimiento que facilite a los trabajadores andinos y comunitarios, esto es, a los nacionales de los Estados miembros de la **CAN**, la obtención de permisos de trabajo, lo que, por ejemplo, si sucede respecto de los trabajadores que sean nacionales de los Estados miembros del Mercosur.

Por tanto, el reto de la **CAN**, no es específicamente el reconocer y promover el Trabajo Decente, pues ya existen organismos internacionales comprometidos con el citado tema, sino más bien, impulsar la movilidad de los trabajadores andinos en el espacio intracomunitario, coordinando y gestionando con los Estados Andinos la aprobación de las normas internas que resulten necesarias para facilitar la movilidad de trabajadores, y la obtención de sus respectivos permisos de trabajo.

VII. COMENTARIOS FINALES

En función de las consideraciones precedentemente expuestas resulta que globalización económica, empresa transnacional, inversión extranjera directa, movilidad internacional de trabajadores y Trabajo Decente, son conceptos estrechamente vinculados, que generan desafíos a todos quienes desempeñan roles diferentes en una economía global: empresas transnacionales, trabajadores internacionales, Estados y organismos internacionales.

Además, corresponde apuntar que a todos los involucrados en el tráfico externo de empresas y de trabajadores, les toca asumir a rol específico, propio e intransferible, que debe ser realizado a cabalidad a efectos de lograr que todos los involucrados superen los desafíos que genera y propone la movilidad internacional de trabajadores.

---

[35] Ver último párrafo del artículo 21° de la Decisión N° 545.

PONENCIAS LIBRES

LA TRANSFORMACIÓN DE LA GESTIÓN Y SOLUCIÓN DE LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS

CARLOS CADILLO ANGELES*

I. LA GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES

Entre los años 2014 y 2016, el número de los procesos judiciales laborales se incrementó en 100%[1], dato importante para que las empresas revisen, corrijan o implementen sus sistemas internos de gestión, prevención y solución de conflictos laborales, de tal manera que estos no sigan acabando en el Poder Judicial.

Si bien es la entidad a la que acudimos para resolver los conflictos, los sistemas de prevención y la solución de las empresas que se apliquen éxitosamente en los espacios o momentos previos al Poder Judicial, evitarán o reducirán los costos de gestión de los conflictos, que estos no sigan escalando y que tengan el menor impacto en las relaciones interpersonales involucradas.

El contexto actual exige que las empresas se adapten a los cambios tecnológicos para ser eficientes y competitivas, en un mundo globalizado con invenciones en constante cambio y avance.[2] Este contexto tiene incidencia en los empleadores, pero también en los trabajadores, pues ambas partes tienen que adapratse a la digitalización y a la automtización de los sistemas de trabajo.

Las empresas deben tener la capacidad de adaptarse rápidamente a las nuevas tecnologías, y los trabajadores necesitan capacitarse y estar preparados para adecuarse a los cambios que se produzcan; lo cual implica que ambas partes inviertan tiempo y recursos para lograr tales comentidos.

---

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos por la Universidad Carlos III de Madrid. Asociado sénior del Área Laboral de Miranda & Amado Abogados

[1] Info Capital Humano. *Reclamos y conflictos laborales: ¿Cómo prepararse para afrontarlos con éxito?* Recuperado de http://www.infocapitalhumano.pe/recursos-humanos/informes/reclamos-y-conflictos-laborales-como-prepararse-para-afrontarlos-con-exito/

[2] Organización Internacional de Trabajo. Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, 2017. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf

Este enfoque, así como la dedicación y los esfuerzos de las empresas y los trabajadores, puede verse alterada, entre otras razones, por los conflictos que puedan afectar a su relación interpersonal de índole laboral.

De acuerdo a López, *"los conflictos laborales pueden clasificarse de varias formas, según los intereses a los que afectan y la causa de la divergencia: (…) de orden individual, nacidos de la relación individuo-empleador-trabajador por diferencias durante o al fin de la relación de trabajo; o, (…) de orden colectivo, cuando el sindicato que agrupa la actividad discute con un empleador o grupo de éstos."* [3]

En este trabajo, nos avocamos a los conflictos laborales de orden colectivo, desde el plano de la gestión y la solución de las negociaciones colectivas a partir del tiempo que dedican las empresas y los sindicatos hasta el final del procedimiento de negociación.

II. TIEMPO DE DURACIÓN DEL CONFLICTO LABORAL COLECTIVO EN MATERIA DE NEGOCIACIONES COLECTIVAS

En el plano de las negociaciones colectivas de trabajo, el punto de partida es la presentación de un pliego por parte del sindicato, que es el documento que contiene el proyecto de convenio colectivo con las peticiones o propuestas de los trabajadores.[4]

No necesariamente el pliego activa un conflicto laboral colectivo, sino solo es el acto de inicio de la negociación colectiva. Es posible que el conflicto haya nacido antes de la negociación y se refleje en el pliego o que se active con posterioridad a su presentación; además, el conflicto laboral colectivo no solo abarca a la negociación colectiva.

Dependerá del análisis de cada caso para conocer las causas exactas del conflicto y su duración. Sin embargo, para los fines de este trabajo, indicaremos que el conflicto laboral colectivo en materia de negociaciones colectivas se inicia con la presentación del pliego, más aún si partimos de que un conflicto es "un desacuerdo entre dos o más personas"[5].

De otro lado, la negociación colectiva culminará con la firma del convenio colectivo entre el empleador y el sindicato; o, si las partes o alguna de ellas acudieron al arbitraje, terminará con el laudo arbitral que emita el árbitro unipersonal o el tribunal arbitral, según corresponda.

---

[3] López Jiménez, R. (2017). *"La evitación del proceso laboral a través de la conciliación"*. En Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos. Tercera edición, Madrid: Tecnos, p. 697.

[4] Decreto Supremo N° 010-2003-TR, artículo 51.

[5] Alzate Sáez de Heredia, R. (2017). *"La dinámica del conflicto"*. En Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos. Tercera edición, Madrid: Tecnos, p. 180.

En este sentido, el tiempo de duración del conflicto laboral colectivo en materia de negociación se computa desde la presentación del pliego hasta la firma del convenio colectivo o hasta la emisión del laudo arbitral.

De los Anuarios Estadísticos Sectoriales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, podemos obtener la información del tiempo de duración, a nivel nacional y por regiones, a partir de los convenios colectivos y los laudos arbitrales registrados ante la Autoridad de Trabajo; aunque en algunos casos la fecha de presentación del pliego de reclamos no está determinada.

Para este trabajo, hemos analizado los dos últimos Anuarios Estadísticos[6], correspondientes a los años 2015[7] y 2016[8], llegando a la conclusión que, en el ámbito peruano, el promedio de tiempo que tomó a los empleadores y a los sindicatos solucionar la negociación colectiva fue de hasta 5 meses y 6 meses, respectivamente.

En el siguiente cuadro detallamos los datos analizados a partir de la infromación publicada en dichos anuarios:

El tiempo para llegar a la solución de las negociación colectivas				
Año	**Empresas que negociaron colectivamente y registraron el convenio colectivo o laudo arbitral**	**Total de días de negociación hasta la solución**	**Promedio de días por empresa**	**Equivalente en meses**
2015	339	55,080	162	5
2016	345	59,115	171	6

De esta manera, si una negociación colectiva puede durar hasta 6 meses, el conflicto laboral colectivo toma el mismo tiempo. Somos de la opinión que este lapso elevado considerando que los convenios colectivos duran 1 año[9], si es que las partes no establecen un período distinto (más de 1 año) en el convenio o el laudo arbitral elige la propuesta de alguna de las partes con una vigencia mayor al año.

Es decir, la mitad del tiempo de vigencia del convenio colectivo o del laudo arbitral, las partes se encuentran negociando y pasando por un conflicto, lo que genera

[6] A la fecha del presente trabajo, el último Anuario estadístico sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo corresponde al del año 2016. Ver http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/

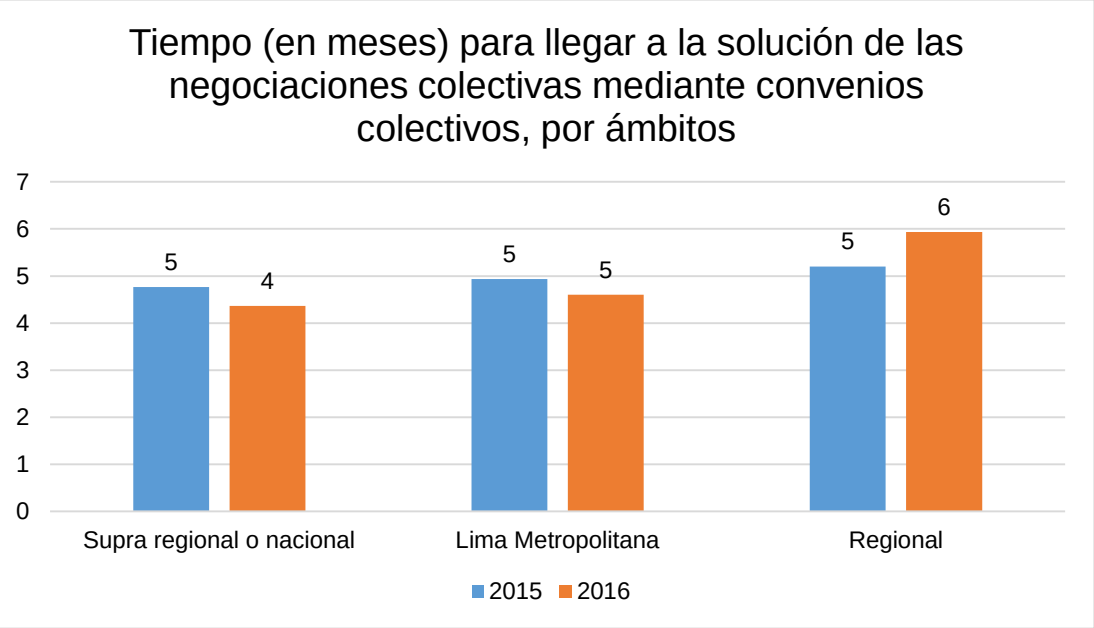
[7] Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Anuario estadístico sectorial del año 2015. Recuperado de http://www2.trabajo.gob.pe/archivos/estadisticas/anuario/Anuario_2015_280616.pdf

[8] Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Anuario estadístico sectorial del año 2016. Recuperado de http://www2.trabajo.gob.pe/archivos/estadisticas/anuario/Anuario_2016_020717.pdf

[9] Decreto Supremo N° 010-2003-TR, artículo 43, literal c.

consecuencias que repercuten en el avance de las empresas y los trabajadores y se afecta la relación interpersonal de índole laboral. Por eso, se señala que un *"conflicto mal atendido impacta de forma negativa en el clima laboral, la atracción y retención del talento, la imagen de la empresa y, en general, en la gestión del personal."*[10]

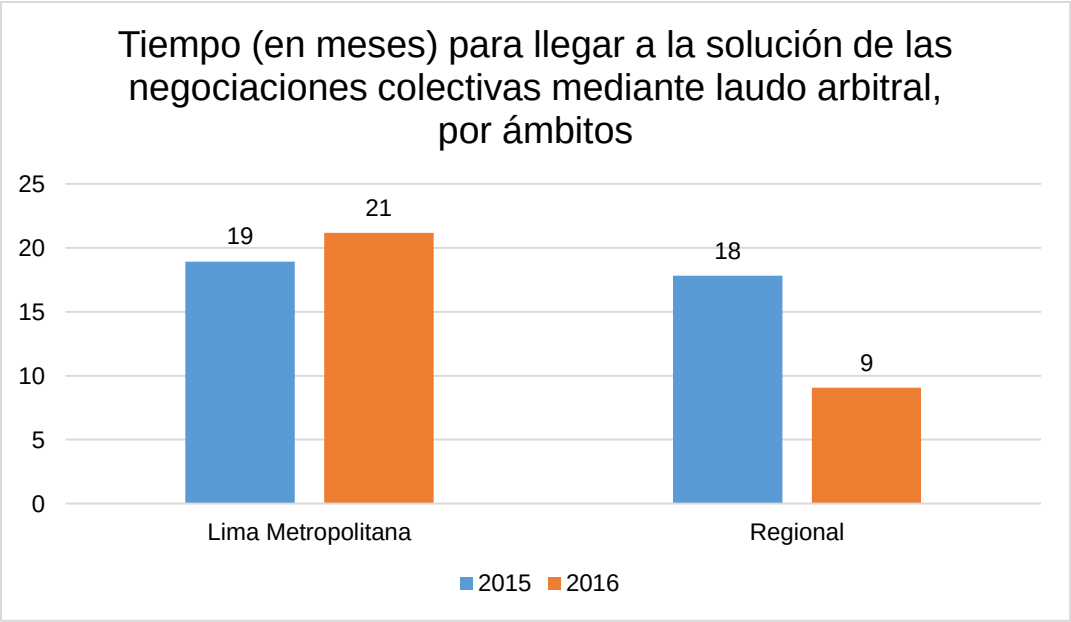
Si analizamos las negociaciones colectivas de los años 2015 y 2016, separándolos por ámbitos de negociación, podemos apreciar el tiempo de solución a nivel nacional o supra regional, regional y Lima Metropolitana. En el siguiente gráfico se puede apreciar esta infromación, que hemos obtenido a partir de los cuadros que incluimos como anexos del presente trabajo:



Como se puede apreciar, el promedio de solución de 6 meses no varía significativamente según los ámbitos en que se lleven a cabo las negociaciones colectivas. Cabe resaltar que el 2016, en el ámbito nacional o supra regional, la duración de la negociación desminuyó a 4 meses.

En el caso de las negociaciones colectivas que concluyeron a través de los laudos arbitrales, el promedio de duración es mucho mayor habiendo llegado hasta 21 meses en el ámbito nacional en el 2016 y a 18 meses en el ámbito regional; tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico, que hemos obtenido a partir de los cuadros que incluimos como anexos del presente trabajo:

[10] Info Capital Humano. *Reclamos y conflictos laborales: ¿Cómo prepararse para afrontarlos con éxito?* Recuperado de http://www.infocapitalhumano.pe/recursos-humanos/informes/reclamos-y-conflictos-laborales-como-prepararse-para-afrontarlos-con-exito/



Si bien el arbitraje es una forma de solución de las negociaciones colectivas, es importante que las partes evalúen la conveniencia de iniciarlo porque significa que el conflicto laboral colectivo tendrá una duración larga, con las repercusiones a la relación laboral que comentamos líneas arriba.

III. LA TRANSFORMACIÓN DE LA FORMA DE NEGOCIAR

El tiempo que toma la solución del conflicto laboral colectivo en materia de negociaciones colectivas, hace necesario que los empleadores y los trabajadores reflexionen sobre los sistemas de gestión de conflictos laborales colectivos y de las estrategias de negociación adoptadas.

Consideramos que los temas de reflexión deben estar relacionados con lo siguiente:

(i) Los causas y los motivos de la duración de la negociación colectiva.
(ii) Las ventajas y las desventajas de la duración.
(iii) La valorización de todos los costos y beneficios de la duración.
(iv) Las acciones que se realizaron y cuáles de ellas podrían ser modificadas o sustituidas para reducir el tiempo de duración.

De esta manera, se podrán tomar decisiones de cambio que transformen los sistemas de gestión y solución de las negociaciones colectivas, a fin que sean más rápidos y eficientes, y, consecuentemente, los empleadores y los trabajadores concentren sus esfuerzos y dedicación al contexto global, competitivo y tecnológico que comentamos en el punto 1 de este trabajo, con las menores repercusiones posibles en las relaciones laborales existentes.

En caso las partes no puedan implementar nuevas sistemas de gestión y solución, será recomendable que exploren la posibilidad de que los convenios colectivos tengan una vigencia superior al año, para que las relaciones laborales se mantengan pacíficas por un período prologado en el plano colectivo y que las partes cuenten con un margen temporal mayor para evaluar y mejorar sus sistemas.

Ahora bien, estimamos que una de las razones de la larga duración para llegar a la solución de las negociaciones colectivas es que se derivan de negociaciones basadas en posiciones.

Como dijimos líneas arriba, la ley señala que la negociación colectiva se inicia con la presentación del sindicato de un pliego que contiene el proyecto de convenio colectivo, lo que puede predisponer a las partes para que negocien en base a sus posiciones; conocida también como negociación distributiva. Además, legalmente no hay referencias adicionales a la forma de negociación, pues se trata de un aspecto que depende de cada una las partes según el principio de la negociación libre y voluntaria.[11]

Por ello, si las partes quieren reducir el tiempo para llegar a la solución de las negociaciones colectivas, consideramos que una de las acciones de cambio es que la negociación está basada en intereses, conocida también como negociación integradora.

Para la negociación colectiva, las partes elaboran sus planes de negociación que normalmente incluyen: *"(i) objetivos (qué quiero conseguir); (ii) perfil de los integrantes de la comisión negociadora (informado, dialogante, entre otros); (iii) prepuesto (cuánto puedo ofrecer); (iv) propuestas (qué negocio y cómo lo ofrezco); (v) flexibilidad (adecuar la estrategia según el avance y a la posición de la contraparte); (vi) coordinación permanente de la comisión negociadora y preparación antes de cada reunión; y, (vii) evaluación de resultados."*[12]

Por lo explicado en este trabajo, el punto iv citado en el párrafo anterior, referido al cómo y qué negociaré, se hace cada vez más importante para mejorar los resultados a nivel temporal y es en este punto donde se puede incluir la preparación para una negociación basada en intereses.

Siguiendo a Soleto, mencionamos la diferencia entre los tipos de negociación comentados:

---

[11] Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H. (2000). *"Principios de la OIT sobre la negociación colectiva"*. En Revista Internacional del Trabajo. Volumen 119, número 1, Ginebra, pp. 44 y 45.

[12] Cadillo Ángeles, C. *¿El plan de negociación colectiva debe incorporar los nuevos mecanismos de solución (extraproceso, arbitraje obligatorio y arbitraje potestativo)?* Recuperado de http://www.infocapitalhumano.pe/recursos-humanos/alerta-legal/el-plan-de-negociacion-colectiva-debe-incorporar-los-nuevos-mecanismos-de-solucion-extraproceso-arbitraje-obligatorio-y-arbitraje-potestativo/

> *"La negociación distributiva se basa en que las partes defienden sus posiciones -lo que piden-, sin entrar a estudiar otros elementos de la negociación.*
>
> *(…)*
>
> *Este tipo de negociación es considerada como no basada en intereses sino en posiciones (si bien los intereses bien entendidos por las partes sustentan sus posiciones) y su uso en general no conlleva una mejora de las relaciones enytre las partes, sino más bien un deterioro de las relaciones de las partes, además de una ganancia no óptima, que se podía haber producido si las partes exploraran conjuntamente sus inetereses.*
>
> *(…)*
>
> *Por el contrario, la negociación integradira se basa en la idea de la cooperación y de la satisfacción de los intereses de las partes.*
>
> *La negociación para la ganancia mutua supone el conocimiento de los intereses de las partes, con el fin de generar opciones creativas que se aparten del concepto tradicional de negociación distributiva, en la que una parte gana y la otra pierde."*[13]

Cabe precisar que una negociación integradora no implica que la negociación colectiva dure más por el hecho de explorar, conocer y entender los intereses de la otra parte, más allá de lo que intentan transmitir en el pliego o en la respuesta, propuesta o contraoferta al mismo.

Es un cambio de estrategia de negociacion que no demandará más tiempo si es que existe preparación y práctica, así como disposición de la contraparte para que entienda que se lograrán resultados mucho más rápidos y ventajosos para ambas partes.

Una vez conocidos los intereses de las partes, estas podrán entender lo que han querido transmitir en sus pedidos o propuestas, aceptarlos total o parcialmente, y ofrecer opciones que permitan llegar a un acuerdo, incluso más alla de los temas y sus posiciones iniciales.

La negociación integradora permitirá reducir el tiempo de duración que toma llegar a una solución en las negociaciones colectivas y, además, que las partes celebren acuerdos satisfactorios y que estos se cumplan durante sus vigencia.

---

[13] Soleto, Muñoz H. (2017). *"Negociación integradora"*. En Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y Ámbitos. Tercera edición, Madrid: Tecnos, p. 230.

IV. Conclusiones

A partir de lo datos publicados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, hemos podido determinar que el tiempo de duración para llegar a la solución de una negociacion colectiva es de hasta 6 meses.

En este lapso las partes se encuentran en una situación de conflicto colectivo en materia de negociación colectiva, por ello es necesario revisar las estrategias de negociación y realizar los cambios adecuados que permitan a las partes reducirlo.

Ello permitirá a los empleadores y a los trabajadores convivir el mayor tiempo posible de forma pacífica, que no se afecten las relaciones laborales y que puedan destinar sus mayores esfuerzos y dedicación a las exigencias del mundo empresarial actual, que es globalizado, competitivo y con avances tecnológicos en constante cambio.

Consideramos que el tiempo de duración puede tener su causa en el tipo de negociacion de las partes, que es de tipo distributivo, es decir, en base a sus posiciones.

Por eso, proponemos que las negociaciones sean integradoras, es decir, basada en los intereses de las partes porque, además de que se reducirá el tiempo para llegar a una solución de las negociaciones colectivas, permitirá obtener mejores resultados para las partes, en cuanto al producto de la negociación y, a su vez, en el fortalecimiento y paz de las relaciones interpersonales de índole laboral.

ANEXOS

CUADRO 1: CONVENIOS COLECTIVOS SOLUCIONADOS EN EL 2015, LIMA METROPOLITANA				
MES	**EMPRESAS**	**DURACIÓN EL CONFLICTO EN DÍAS**	**PROMEDIO DE DÍAS POR EMPRESA**	**PROMEDIO EN MESES**
ENERO	8	781	97.63	3
FEBRERO	17	2,330	137.06	5
MARZO	16	999	62.44	2
ABRIL	13	1,963	151.00	5
MAYO	15	3,570	238.00	8
JUNIO	10	1,973	197.30	7
JULIO	17	1,901	111.82	4
AGOSTO	15	2,676	178.40	6
SETIEMBRE	13	2,090	160.77	5
OCTUBRE	10	1,016	101.60	3
NOVIEMBRE	17	2,545	149.71	5
DICIEMBRE	10	1984	198.40	7
TOTALES	**161**	**23,828**	**148.00**	**5**

CUADRO 2: CONVENIOS COLECTIVOS SOLUCIONADOS EN EL 2015, DIRECCIONES REGIONALES / ZONAS DE TRABAJO				
REGIÓN / ZONA	**EMPRESAS**	**DURACIÓN DE LA SOLUCIÓN EN DÍAS**	**PROMEDIO DE DÍAS POR EMPRESA**	**PROMEDIO EN MESES**
ANCASH				
CHIMBOTE	8	1,191	148.88	5
HUARAZ	2	733	366.50	12
APURÍMAC				
ABANCAY	2	0	0.00	0

AREQUIPA				
CAMANÁ	2	394	197.00	7
CAJAMARCA				
CAJAMARCA	1	25	25.00	1
CUSCO				
CUSCO	3	268	89.33	3
HUANCAVELICA				
HUANCAVELICA	4	465	116.25	4
HUÁNUCO				
HUÁNUCO	2	299	149.50	5
ICA				
ICA	3	317	105.67	4
PISCO	3	222	74.00	2
JUNÍN				
HUANCAYO	2	329	164.50	5
LA OROYA	4	445	111.25	4
SAN RAMÓN	2	420	210.00	7
TARMA	1	158	158.00	5
LA LIBERTAD				
TRUJILLO	27	3,815	141.30	5
LAMBAYEQUE				
CHICLAYO	5	819	163.80	5
LIMA				
HUACHO	13	1,439	110.69	4
CAÑETE	1	43	43.00	1
MOQUEGUA				
ILO	8	1,109	138.63	5
PIURA				
PIURA	9	1,088	120.89	4

PAITA	4	407	101.75	3
TALARA	12	1,027	85.58	3
TACNA				
TACNA	4	4,091	1022.75	34
UCAYALI				
PUCALLPA	3	398	132.67	4
TOTALES	**125**	**19,502**	**156.02**	**5**

CUADRO 3:

LAUDOS ARBITRALES EMITIDOS 2015, LIMA METROPOLITANA

MES	EMPRESAS	DURACIÓN DE LA SOLUCIÓN EN DÍAS	PROMEDIO DE DÍAS POR EMPRESA	PROMEDIO EN MESES
ENERO	1	530	530.00	18
FEBRERO	1	509	509.00	17
MARZO	1	202	202.00	7
ABRIL	-	-	-	0
MAYO	3	1,886	628.67	21
JUNIO	1	807	807.00	27
JULIO	-	-	-	0
AGOSTO	-	-	-	0
SETIEMBRE	-	-	-	0
OCTUBRE	-	-	-	0
NOVIEMBRE	1	607	607.00	20
DICIEMBRE	-	-	-	0
TOTALES	**8**	**4,541**	**567.63**	**19**

CUADRO 4: LAUDOS ARBITRALES EMITIDOS 2015, DIRECCIONES REGIONALES / ZONAS DE TRABAJO				
MES	**EMPRESAS**	**DURACIÓN DE LA SOLUCIÓN EN DÍAS**	**PROMEDIO DE DÍAS POR EMPRESA**	**PROMEDIO EN MESES**
AREQUIPA				
CAMANÁ	1	169	169.00	6
PIURA				
TALARA	1	900	900.00	30
TOTALES	**2**	**1,069**	**534.50**	**18**

CUADRO 5: CONVENIOS COLECTIVOS SOLUCIONADOS 2015, SUPRA REGIONAL O NACIONAL				
MES	**EMPRESAS**	**DURACIÓN DE LA SOLUCIÓN EN DÍAS**	**PROMEDIO DE DÍAS POR EMPRESA**	**PROMEDIO EN MESES**
ENERO	-	-	-	0
FEBRERO	1	114	114.00	4
MARZO	2	91	45.50	2
ABRIL	5	429	85.80	3
MAYO	3	233	77.67	3
JUNIO	2	57	28.50	1
JULIO	10	1,637	163.70	5
AGOSTO	3	642	214.00	7
SETIEMBRE	4	949	237.25	8
OCTUBRE	4	381	95.25	3
NOVIEMBRE	5	554	110.80	4
DICIEMBRE	4	1,053	263.25	9
TOTALES	**43**	**6,140**	**142.79**	**5**

CUADRO 6: CONVENIOS COLECTIVOS SOLUCIONADOS EN EL 2016, LIMA METROPOLITANA				
MES	**EMPRESAS**	**DURACIÓN DE LA SOLUCIÓN EN DÍAS**	**PROMEDIO DE DÍAS POR EMPRESA**	**PROMEDIO EN MESES**
ENERO	11	602	54.73	2
FEBRERO	12	2,266	188.83	6
MARZO	10	1,280	128.00	4
ABRIL	17	1,902	111.88	4
MAYO	14	1,956	139.71	5
JUNIO	8	1,006	125.75	4
JULIO	14	1,785	127.50	4
AGOSTO	16	2,196	137.25	5
SETIEMBRE	10	1,614	161.40	5
OCTUBRE	10	1,372	137.20	5
NOVIEMBRE	12	2,015	167.92	6
DICIEMBRE	19	3,107	163.53	5
TOTALES	**153**	**21,101**	**137.92**	5

CUADRO 7: CONVENIOS COLECTIVOS SOLUCIONADOS EN EL 2016, DIRECCIONES REGIONALES / ZONAS DE TRABAJO				
REGIÓN / ZONA	**EMPRESAS**	**DURACIÓN DE LA SOLUCIÓN EN DÍAS**	**PROMEDIO DE DÍAS POR EMPRESA**	**PROMEDIO EN MESES**
ANCASH				
CHIMBOTE	8	1,163	145.38	5
HUARAZ	5	1,007	201.40	7
APURÍMAC				
ABANCAY	3	88	29.33	1
AREQUIPA				
CAMANÁ	1	138	138.00	5

CALLAO				
CALLAO	10	445	44.50	1
CUSCO				
QUILLABAMBA	1	0	0.00	0
JUNÍN				
HUANCAYO	6	2,478	413.00	14
LA OROYA	7	839	119.86	4
SAN RAMÓN	3	774	258.00	9
SATIPO	1	27	27.00	1
TARMA	2	473	236.50	8
LA LIBERTAD				
TRUJILLO	29	6,070	209.31	7
LAMBAYEQUE				
CHICLAYO	5	865	173.00	6
LIMA				
HUACHO	22	3,158	143.55	5
CAÑETE	3	381	127.00	4
MOQUEGUA				
MOQUEGUA	1	38	38.00	1
PIURA				
PIURA	9	1,119	124.33	4
PAITA	1	238	238.00	8
TALARA	10	3,476	347.60	12
PUNO				
PUNO	3	429	143.00	5
JULIACA	2	333	166.50	6
UCAYALI				
PUCALLPA	4	654	163.50	5
TOTALES	**136**	**24,193**	**177.89**	**6**

CUADRO 8: LAUDOS ARBITRALES EMITIDOS 2016, LIMA METROPOLITANA				
MES	**EMPRESAS**	**DURACIÓN DE LA SOLUCIÓN EN DÍAS**	**PROMEDIO DE DÍAS POR EMPRESA**	**PROMEDIO EN MESES**
ENERO	-	-	-	-
FEBRERO	2	892	446.00	15
MARZO	-	-	-	-
ABRIL	2	1,252	626.00	21
MAYO	-	-	-	-
JUNIO	2	2,720	1,360.00	45
JULIO	1	320	320.00	11
AGOSTO	1	276	276.00	9
SETIEMBRE	1	909	909.00	30
OCTUBRE	3	1,249	416.33	14
NOVIEMBRE	-	-	-	-
DICIEMBRE	-	-	-	-
TOTALES	**12**	**7,618**	**634.83**	21

CUADRO 9: LAUDOS ARBITRALES EMITIDOS 2016, DIRECCIONES REGIONALES / ZONAS DE TRABAJO				
MES	**EMPRESAS**	**DURACIÓN DE LA SOLUCIÓN EN DÍAS**	**PROMEDIO DE DÍAS POR EMPRESA**	**PROMEDIO EN MESES**
JUNÍN				
HUANCAYO	2	594	297.00	10
LIMA				
CAÑETE	1	221	221.00	7
TOTALES	**3**	**815**	**271.67**	**9**

CUADRO 10: CONVENIOS COLECTIVOS SOLUCIONADOS 2016, SUPRA REGIONAL O NACIONAL				
MES	**EMPRESAS**	**DURACIÓN DE LA SOLUCIÓN EN DÍAS**	**PROMEDIO DE DÍAS POR EMPRESA**	**PROMEDIO EN MESES**
ENERO	1	53	53.00	2
FEBRERO	2	110	55.00	2
MARZO	2	202	101.00	3
ABRIL	1	0	0.00	0
MAYO	5	577	115.40	4
JUNIO	5	547	109.40	4
JULIO	12	2,085	173.75	6
AGOSTO	4	299	74.75	2
SETIEMBRE	7	1,292	184.57	6
OCTUBRE	-	-	-	0
NOVIEMBRE	2	223	111.50	4
DICIEMBRE	-	-	-	0
TOTALES	**41**	**5,388**	**131.41**	**4**

EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA EMPRESA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

MIGUEL F. CANESSA MONTEJO[1]

En los últimos años se viene produciendo un serio retroceso en el ejercicio de la libertad de expresión laboral, dejando de lado que es un derecho fundamental exigible a los empleadores, con las responsabilidades que conlleva su violación. El presente Estudio tiene por objetivo establecer su contenido desde el marco normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, la DUDH) establece la libertad de opinión y de expresión en su artículo 19. La libertad de opinión es el derecho de la persona a formarse un juicio o un parecer sobre una materia por medio de su pensamiento. La libertad de expresión es el derecho de la persona a declarar o trasmitir su pensamiento, idea, información u opinión. La DUDH identifica ambas libertades como derechos, lo que le otorga un contenido más preciso y a la vez permite establecer estrictamente las limitaciones o restricciones del derecho.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante, el Comité DDHH) resalta que ambas libertades son condiciones indispensables para el desarrollo de la persona y una sociedad libre y democrática.[2] El contenido de ambas libertades en la

---

[1] Abogado y Sociólogo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de la PUCP y universidades extranjeras. Consultor internacional.

[2] NACIONES UNIDAS. *Observación General No 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión (CCPR/C/GC/34).* Ginebra: Comité de Derechos Humanos, 102° período de sesiones, 2011, párrafo 2.

DUDH incluye también el derecho a no ser molestado por ejercer la libertad de expresión, el derecho a investigar para formular una opinión y expresarla; el derecho a recibir informaciones y opiniones de terceros, el derecho a difundir su pensamiento, idea, información u opinión por cualquier medio de expresión.

La libertad de expresión es recogida también en los tratados internacionales del sistema universal y los sistemas regionales de derechos humanos.

En el caso del sistema universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) de 1966 recoge la libertad de expresión en su artículo 19. Si bien el PIDCP significa un desarrollo en un tratado internacional de la DUDH, también amplia y precisa el contenido de la libertad de opinión y de expresión en su regulación. En el PIDCP nos encontramos con el reconocimiento que ambas libertades no son absolutas, por lo que tienen limitaciones o restricciones que deben ser fijadas expresamente por una ley. Asimismo, el ejercicio de estas libertades genera deberes y responsabilidades. De este modo, caben sanciones cuando el ejercicio de la libertad de expresión incumple sus deberes y responsabilidades. Este es un tema que el Comité DDHH se ha pronunciado en las controversias que le han sido sometidas en su rol de órgano de control del PIDCP y de su Protocolo Facultativo.

En el sistema europeo de derechos humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 recoge la libertad de expresión en su artículo 10. La Convención Europea tuvo una importante influencia en la redacción del PIDCP si comparamos ambos tratados internacionales. Sin embargo, el instrumento europeo establece una mayor sujeción en el ejercicio de la libertad de expresión sometiéndolo a las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, aunque ésta debe enmarcarse dentro de los parámetros de una sociedad democrática. Asimismo, introduce las causales que justifican las restricciones de la libertad de expresión: la seguridad nacional, el orden público, la prevención del delito, la protección de la salud, la moral pública, la protección de la reputación, los derechos de terceros, la divulgación de informaciones confidenciales, la autoridad e imparcialidad del poder judicial. Se trata de un listado mucho más amplio que el dispuesto por el PIDCP.

La Convención Europea considera la libertad de expresión como el derecho general mientras que la libertad de opinión, la libertad de trasmitir información y la libertad de recibir información como derechos especiales que dan contenido al primero. Aquí se distancia de los instrumentos universales de derechos humanos que equiparan la libertad de opinión y la libertad de expresión subsumiendo las dos modalidades de la libertad de información en el contenido de la libertad de expresión.

El sistema interamericano de derechos humanos recoge la libertad de expresión en varios instrumentos internacionales. En primer lugar, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en su artículo IV. En segundo lugar, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (en adelante, la CADH). En tercer lugar, el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana de 2001. Estos tres instrumentos interamericanos de derechos humanos establecen el marco más completo de la libertad de expresión a nivel internacional, esto resulta explicable porque el

instrumento principal del sistema interamericano es la CADH que fue redactado con posterioridad al Convenio Europeo y al PIDCP.

La CADH está más cercana en su contenido al PIDCP en vez del Convenio Europeo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) es precisa en resaltar esta conclusión: "En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa".[3]

En efecto, la comparación entre los instrumentos internacionales señalados evidencia que la CADH es menos limitante en las causales de restricciones de la libertad de expresión respecto a la Convención Europea. Además, prohíbe expresamente la censura previa como forma de restricción de la libertad de expresión, lo que se exige son responsabilidades ulteriores en el caso que se produzca un abuso en el ejercicio de la libertad. Se trata de uno de los aspectos centrales en el modelo americano de libertad de expresión.

Esta breve introducción sobre el tratamiento normativo que tiene la libertad de expresión en los instrumentos internacionales de derechos humanos nos permite contar con el marco internacional normativo sobre la materia. En el siguiente acápite nos vamos a centrar en el contenido de la libertad de expresión del sistema interamericano de derechos humanos, recurriendo a los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH), especialmente los documentos publicados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (en adelante, la Relatoría Especial) y los pronunciamientos judiciales de la Corte IDH. También nos apoyaremos en los pronunciamientos del Comité DDHH y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) sobre la materia.

Hay que tener presente que la casi totalidad de los países americanos han ratificado el PIDCP por lo que están obligados a cumplirlo. Asimismo, nada impide que en el marco de control del sistema interamericano de derechos humanos los argumentos por la violación de un derecho de la CADH se apoyen también en interpretaciones del PIDCP formulados por el Comité de Derechos Humanos, en tanto se justifique debidamente su vínculo.

II. EL CONTENIDO JURÍDICO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN LABORAL

El campo de aplicación de la libertad de expresión es bastante extenso, para este Estudio lo centramos solo en el ámbito laboral, por lo que una definición acotada de la libertad de expresión en el ámbito laboral debe ser preciso en correspondencia al objetivo expuesto.

---

[3] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva sobre la "Colegiación Obligatoria de Periodistas".* Opinión Consultiva de 13 de noviembre de 1985. San José: Secretaría de la Corte, Serie A, N.º 5, párrafo 45.

En el apartado anterior establecimos el vínculo entre la libertad de opinión y la libertad de expresión, en tanto la elaboración de la opinión es el antecedente para manifestarla por medio de algún mecanismo de expresión. Esto explica porque tanto la DUDH y el PIDCP incorporan ambas libertades en el mismo texto regulador. Siguiendo este criterio en línea con la redacción del párrafo 1 del artículo 19 del PIDCP –directo precedente del artículo 13 de la CADH–, el Comité DDHH identifica tres derechos provenientes de la libertad de opinión. En primer lugar, el derecho a no ser molestado por causa de sus opiniones.[4] Este derecho se plantea bajo el supuesto que la opinión ha sido expresada, por lo que en realidad también nos ubicamos en la libertad de expresión. Esto significa que las organizaciones sindicales y los trabajadores tienen el derecho a no ser molestado por causa de sus opiniones. El Comité DDHH agrega que es un derecho respecto del cual el PIDCP no autoriza excepción ni restricción alguna.[5] En segundo lugar, el derecho a cambiar de opinión en el momento y por el motivo que la persona elija libremente.[6] Nada impide que un dirigente sindical o un trabajador modifiquen su punto de vista expresado previamente, sin que esto provoque una responsabilidad. En tercer lugar, no pueden ser conculcados los derechos que le reconoce el PIDCP en razón a las opiniones que haya expresado o le sean atribuidas o supuestas.[7] De este modo no se puede justificar la pérdida o la violación de un derecho humano por el ejercicio de la libertad de opinión. En el Caso *Faurisson vs. Francia* el Comité de DDHH concluye que no puede calificarse la expresión de una opinión como un delito[8]. En cuarto lugar, la libertad de no expresar su opinión.[9]

En cuanto al párrafo 2 del artículo 19 del PIDCP que se refiere expresamente a la libertad de expresión, se establecen una serie de derechos. En primer lugar, el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. El Comité DDHH sostiene que este derecho incluye la expresión y recepción de comunicaciones de toda clase de ideas y opiniones que puedan trasmitirse a otros.[10] Este derecho es fundamental en el mundo del trabajo porque significa el derecho de los dirigentes sindicales a expresar sus pensamientos, ideas, informaciones u opiniones a los trabajadores o al público en general. Esto se recoge en el ámbito de las normas internacionales del trabajo en el numeral 15 de la Recomendación No. 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores. En segundo lugar, la protección de la libertad de expresión cubre cualquier forma de expresión y los medios para su difusión. La amplitud de los medios protegidos lo retrata el Comité DDHH en los diversos casos que ha abordado en esta materia: los libros, los periódicos, los folletos, los cárteles, las pancartas, las prendas de vestir, los

[4] Cfr. NACIONES UNIDAS. Óp. Cit., párrafo 9.
[5] Ibidem.
[6] Ibidem.
[7] Ibidem.
[8] NACIONES UNIDAS. *Comunicación No 550/93, Faurisson vs. Francia.* Ginebra: Comité de Derechos Humanos, 8 de noviembre de 1996.
[9] NACIONES UNIDAS. *Observación General No 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión (CCPR/C/GC/34).* Ginebra: Comité de Derechos Humanos, 102° período de sesiones, 2011, párrafo 10.
[10] NACIONES UNIDAS. Óp. Cit., párrafo 11.

alegatos judiciales, los modos de expresiones audiovisuales, electrónicas, internet, en todas sus formas.[11]

La protección de la libertad de expresión en el PIDCP se produce de manera simultánea tanto sobre el contenido de la opinión o información como por el medio de expresión utilizado. Este criterio protector se reproduce también en la CADH.

En el sistema interamericano de derechos humanos, la Corte IDH expone como premisa del análisis de la libertad de expresión que su protección es una condición necesaria para el ejercicio de los demás derechos fundamentales y la vida democrática. En la *Opinión Consultiva sobre la "Colegiación Obligatoria de los Periodistas"*, la Corte IDH sostiene:

> "La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también **conditio sine qua non** para que los partidos políticos, *los sindicatos*, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre (la cursiva es mía)."[12]

Este pronunciamiento de la Corte Interamericana subraya la centralidad de la libertad de expresión en una sociedad democrática. Trasladando su lectura al mundo del trabajo, podemos sostener que el ejercicio de la libertad de expresión de las organizaciones sindicales es una condición necesaria para el ejercicio de los derechos humanos laborales en las relaciones laborales. El vínculo entre la libertad de expresión y específicamente con los derechos sindicales es resaltado por el Comité de Libertad Sindical.[13]

El párrafo 1 del artículo 13 de la CADH expresamente señala que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión se refiere a la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole. La Corte IDH interpreta que cuando se produce la violación del derecho también afecta correlativamente otro derecho: el de todos a "recibir" informaciones e ideas.[14] Esto le conduce a la Corte Interamericana identificar que la libertad de expresión tiene dos niveles: individual y colectiva (o social).[15]

---

[11] Ídem., párrafo 12.
[12] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Óp. Cit.,* párrafo 70.
[13] Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 155.
[14] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Óp. Cit.,* párrafo 30.
[15] Ibidem.

El derecho a la información forma parte del contenido de la libertad de expresión, conforme se desprende la interpretación que realiza la Corte IDH en el citado párrafo 70 de su *Opinión Consultiva sobre la "Colegiación Obligatoria de Periodistas"*. También lo considera en los mismos términos la CIDH al interpretar el principio 7 de su "Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión" de 2000, en referencia a condicionar el derecho a la información a su veracidad.[16]

El derecho a la información se materializa en el ámbito laboral en la obligación del empleador por permitir el acceso de los dirigentes sindicales a los lugares de trabajo. La Recomendación No. 143 en su numeral 17 lo recoge, en los siguientes términos: "(1) Los representantes sindicales que no trabajen en la empresa, pero cuyo sindicato tenga afiliados empleados en ella, *deberían ser autorizados a entrar en la empresa* (la cursiva es mía)".

Esta obligación del empleador se vuelve también en una exigencia para que los gobiernos lo garanticen, como lo resalta el Comité de Libertad Sindical.[17]

También los órganos de control del sistema interamericano de derechos humanos interpretan que bajo el contenido de la libertad de expresión se ubica el derecho a tener acceso a la información sobre sí mismo, en referencia a la obligación del Estado y de los particulares en proporcionar la información contenida en base de datos o registros públicos o privados[18], y el derecho al acceso a la información sobre los asuntos públicos.[19] Una interpretación similar sustenta el Comité DDHH respecto al contenido de la libertad de expresión en el PIDCP.[20] Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH no lo ha identificado como un derecho y su correspondiente obligación para el Estado.[21]

De igual modo, el derecho a poseer información escrita o en cualquier otro medio a transportar dicha información y a distribuirla, significa que se protege la posesión de periódicos o cualquier medio impreso para su distribución o uso personal, así como la posesión, transporte, envío y recepción de libros.[22] Esto se puede extender a cualquiera de los medios utilizados para el ejercicio de la libertad de expresión.

Finalmente, la titularidad del derecho de la libertad de expresión no se reduce solo a los comunicadores sociales o a las personas que ejercen este derecho a través de los

---

[16] Cfr. COMISIÓN INTERANERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.* Washington: Organización de Estados Americanos, octubre 2000, párrafo 31.

[17] Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Óp. Cit.,* párrafo 1103.

[18] Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión.* Washington: Relatoría Especial de la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párrafo 28.

[19] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.* Sentencia de 19 de septiembre de 2006. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 151, párrafo 86.

[20] Cfr. NACIONES UNIDAS. *Óp. Cit.,* párrafo 18.

[21] Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael. "Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática". En: *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* de Javier García Roca y Pablo Santolaya (Coordinadores). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, 3ª. Edición, p. 492.

[22] Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Óp. Cit.*, párrafo 29.

medios de comunicación[23], sino les corresponde a todas las personas, incluyendo los dirigentes sindicales y los trabajadores en general. La Opinión Consultiva sobre la "Colegiación Obligatoria de los Periodistas" de la Corte IDH reseñada y el Principio 6 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión 6 de 2000 respaldan la afirmación. La CIDH lo abona al señalar que: "Este principio establece que *toda persona tiene derecho pleno de ejercer su libertad de expresión* sin la exigencia de títulos o asociaciones que legitimen este derecho […] (la cursiva es mía)".[24]

III. EL ÁMBITO DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN LABORAL

La libertad de expresión laboral se ve afectado por el momento y el lugar de su ejercicio. En efecto, la subordinación del trabajador a su empleador por la prestación laboral condiciona el ejercicio de sus derechos humanos laborales. No goza de una irrestricta libertad para decidir el momento y el lugar en expresar su opinión. Muestra de ello es el artículo 2 del Convenio No. 135 sobre los representantes de los trabajadores.

Se puede plantear que una ponderación entre la libertad de expresión laboral y las obligaciones en las labores de los trabajadores es la respuesta apropiada.

En el caso del momento del ejercicio de la libertad de expresión laboral, no cabe duda que se pueden ejercer sin restricciones fuera de la jornada de trabajo. Lo controversial se produce si es durante la jornada laboral. El criterio de la norma internacional del trabajo es que no perjudique el funcionamiento eficaz de la empresa, por lo que *prima facie* puede considerarse que las pausas en las labores o el lapso del refrigerio de los trabajadores cumplen con esta condición.

Respecto al lugar del ejercicio de la libertad de expresión laboral, nos apoyamos en la división que plantea Supiot sobre los *territorios en la empresa* donde se delimita la autonomía colectiva respecto al área de ejercicio de la autoridad empresarial, identificando tres tipos de lugares en la empresa[25]. En primer lugar, los *lugares de franquicia* que son los enclaves delimitados por la ley que lo sustrae de la autoridad del empleador, como los tablones de anuncios o los locales sindicales al interior de la empresa.[26] Aquí se puede ejercer sin restricciones la libertad de expresión laboral. Respaldando esta afirmación lo encontramos en el numeral 15 de la Recomendación No. 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores, donde se autoriza la colocación de avisos sindicales en los locales de la empresa acordados con su dirección. En segundo lugar, los *lugares de transición* en la empresa que son los espacios en la empresa que no afectan al trabajo propiamente dicho, tales como los vestíbulos, pasillos, vestuarios, aparcamientos o comedores.[27] Tampoco debería existir una restricción a la libertad de expresión porque no afecta el funcionamiento eficaz de la empresa. En todo caso, la legislación nacional o la casuística judicial pueden aseverar o rechazar esta

---

[23] COMISIÓN INTERANERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.* Washington: Organización de Estados Americanos, octubre 2000, párrafo 8.
[24] Ídem., párrafo 28.
[25] SUPIOT, Alain. *Crítica del Derecho del Trabajo.* Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, traducción de José Luis Gil y Gil, p. 179.
[26] Ídem., p. 180.
[27] Ibidem.

afirmación. En tercer lugar, los *lugares de producción* son los espacios donde se efectúan las labores, como las oficinas, los talleres, etc.[28] En principio, no podrían ejercerse la libertad de expresión porque es el espacio de la prestación laboral y afectaría el funcionamiento eficaz de la empresa.

La protección de la libertad de expresión también se irradia sobre el contenido del pensamiento, idea, opinión o información manifestados.

La CIDH sostiene que:

> En principio, todas las formas de discurso están protegidas por el derecho a la libertad de expresión, independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten. Esta presunción general de cobertura de todo discurso expresivo se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos y, como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos *a priori* del debate público.[29]

Si bien existe, en principio, una protección general a cualquier tipo de discurso, evidentemente la libertad de expresión no es un derecho absoluto por lo que tiene límites y su ejercicio puede afectar otros derechos humanos, como el derecho a la honra –artículo 11 de la CADH–.

Sin embargo, la jurisprudencia internacional ha resaltado que también son protegidas las opiniones e informaciones que choquen, inquieten, resulten ingratas o perturben. Por ejemplo, el TEDH sostuvo en el Caso *Handyside vs. Reino Unido* que: "la ausencia de interferencias en la comunicación entre ciudadanos y la imposibilidad de imponer sanciones de tipo alguno tanto por los contenidos, como por la forma de lo trasmitido; tutelando no sólo aquellos que son bien recibidos por la sociedad, *sino también aquéllos que chocan o generan inquietud en los receptores* (la cursiva es mía)".[30] Luego, este criterio fue adoptado por la Corte IDH en los mismos términos.[31] En el ámbito laboral, la manifestación de crítica sin ánimo de ofender de los dirigentes sindicales dirigidos a su empleador o a las autoridades estatales debería estar protegida por la libertad de expresión.

---

[28] Ídem., p. 181.

[29] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión.* Washington: Relatoría Especial de la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párrafo 30.

[30] TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Handyside vs. Reino Unido.* Sentencia de 7 de diciembre de 1976. Estrasburgo: Secretaría de la Corte, Serie A, No 24, párrafo 49.

[31] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile.* Sentencia 5 de febrero de 2001. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 73, párrafo 69.

La CIDH ha categorizado los discursos que deben ser especialmente protegidos en el marco de la CADH, en razón a su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia: el discurso político y sobre asuntos de interés público, el discurso sobre funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos, y los discursos que expresan elementos esenciales de la identidad o dignidad personales.[32]

Nos interesa el primero de ellos porque es el que principalmente se materializa en el ámbito laboral, especialmente el discurso sobre asuntos de interés público. El TEDH establece en el Caso *Thogeir Thogeirson vs. Islandia* que la noción de asuntos de interés público no solo se refiere a los asuntos de interés político o que afectan a los políticos, sino también a las cuestiones que tienen una preocupación pública o ciudadana.[33]

Justamente el Caso *Lagos del Campo* resulta paradigmático para abordar este tema central de la libertad de expresión laboral. La Corte IDH afirma que el ejercicio de la libertad de expresión en el ámbito laboral requiere un nivel reforzado de protección, en razón que existe un interés general o público en su ejercicio[34]. Esto ocurre cuando la sociedad tiene un legítimo interés de estar informada cuando se afectan derechos e intereses generales[35]. En las relaciones laborales existe ese interés público sobre la información emitida porque deriva en un interés colectivo para los trabajadores[36] y estas manifestaciones están orientadas a promover el correcto funcionamiento y mejoramiento de las condiciones laborales o la reivindicación de los trabajadores[37].

Inclusive, como resalta Arese, existe un derecho a la crítica laboral:

> Como expresión de la libertad de expresión, se encuentra el derecho a la crítica en el decurso de la relación de trabajo, en el ámbito físico como a través de medios de comunicación, dos medios y facetas de la misma cuestión. No hay dudas de que si se pueden expresar ideas o posiciones, igualmente pueden ser críticas para con el empleador. Es obvio que el ejercicio de esta libertad no sólo incluye la posibilidad de expresar pensamientos e ideas. Incluye la manifestación crítica de la conducta o posición de otro. La crítica se ejerce de forma elegante y ser aceptada como constructiva o colaborativas. Pero también debe aceptarse que puede *molestar, inquietar y disgustar*. Se trata de una expresión

[32] Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Óp. Cit.,* párrafos 32-60.
[33] Cfr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Thogeir Thogeirson vs. Islandia.* Sentencia de 25 de junio de 1992. Estrasburgo: Secretaría de la Corte.
[34] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Perú.* Sentencia de 31 de agosto de 2017. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 340, párrafo 96.
[35] Ídem., párrafo 110.
[36] Ídem., párrafo 111.
[37] Ídem., párrafo 113.

> del pluralismo, tolerancia y el espíritu de apertura sin el cual no existirían relaciones democráticas en una sociedad democrática.[38]

Tengamos presente que la Corte IDH es clara al señalar que las expresiones que chocan, irritan o inquietan a un sector de la población, en nuestro caso: los empleadores, son protegidos y estas situaciones no se ubican en una afectación al derecho de la honra.

Como consecuencia de la mayor protección que reciben los discursos sobre asuntos de interés público, implica para la CIDH, "que el Estado debe abstenerse con mayor rigor de establecer limitaciones a estas formas de expresión, y […] deben tener un mayor umbral de tolerancia ante la crítica".[39] Así su mayor protección significa también una restricción más laxa dada su naturaleza y que las personas criticadas sean más tolerantes ante su formulación. En el ámbito laboral, siguiendo la fundamentación del fallo *Lagos del Campo*, el empleador o funcionario público criticado debe ser tolerante.

Agreguemos que también la jurisprudencia europea ha otorgado una extraordinaria amplitud incluyendo dentro de la libertad de información: la expresión comercial, la libre expresión profesional, la libre creación de medios de comunicación, la libre expresión artística o el secreto profesional de los periodistas.[40] Aquí nos interesa resaltar en esta línea jurisprudencial que la protección de la libertad de expresión se extiende a la creación de la prensa sindical o a la fundación de medios de comunicación sindicales.

En cuanto a la forma de expresión utilizada para formular el pensamiento, idea, opinión o información. A partir de los fallos de la Corte IDH, la CIDH desarrolla una identificación de las formas de expresión protegidas por la Convención Americana[41]. En primer lugar, el derecho a hablar, esto es, a expresar oralmente los pensamientos, ideas, información u opiniones.[42] En segundo lugar, el derecho a hablar implica que la persona utilice el idioma que elija para expresarse.[43] En tercer lugar, el derecho a escribir, esto es, a expresar en forma escrita los pensamientos, ideas, información u opiniones.[44] En cuarto lugar, el derecho a difundir las expresiones habladas o escritas de pensamientos, ideas, información u opiniones, por los medios de difusión que se elijan para comunicarlas al mayor número de destinatarios posibles.[45] Estas cuatros formas de expresión protegidas jurídicamente por la CADH se materializan también en el ámbito laboral en los mismos términos. Por ejemplo, en el mencionado numeral 15 de la Recomendación No. 143 se

---

[38] ARESE, César. *Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 326-327.
[39] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Óp. Cit.,* párrafo 35.
[40] Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael. *Óp. Cit.,* p. 476.
[41] Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Óp. Cit.,* párrafos 19-29.
[42] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile.* Sentencia 5 de febrero de 2001. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 73, párrafo 65.
[43] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso López Álvarez vs. Honduras.* Sentencia 1 de febrero de 2006. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 141, párrafo 164.
[44] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile.* Sentencia 5 de febrero de 2001. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 73, párrafo 65.
[45] Ídem., párrafo 31.

señala que la dirección de la empresa debería permitir que los representantes de los trabajadores distribuyan boletines, folletos, publicaciones y otros documentos sindicales entre los trabajadores de la empresa.

Un tema de actualidad es la difusión de información u opiniones de las organizaciones sindicales por medios digitales, especialmente a través de correos electrónicos. En principio, no existe controversia que este medio de difusión está protegido en el marco normativo de la CADH. Sin embargo, la jurisprudencia nacional laboral ha sido dispar en cuanto a su protección, por lo que existe el reto jurídico de armonizar la protección en el hemisferio.

IV. LAS OBLIGACIONES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN LABORAL

La consagración de un derecho tiene como correlato la conformación de una serie de obligaciones, su cumplimiento asegura el respeto del derecho. Con el reconocimiento del derecho de la libertad de expresión en los instrumentos internacionales de derechos humanos existen una serie de obligaciones que analizamos a continuación.

Partamos de reconocer que las obligaciones internacionales que se desprenden de los tratados internacionales ratificados, como en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son vinculantes para todo el aparato estatal, es decir, resulta exigible a los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), incluyendo a los poderes nacional, regional o local. Su incumplimiento genera una responsabilidad internacional del Estado.

Asimismo, la generalidad de las obligaciones de los derechos civiles como la libertad de expresión se materializa bajo su forma negativa: las obligaciones de no hacer. Sin embargo, también se materializa bajo su forma positiva: las obligaciones de dar y las obligaciones de hacer. Muestra de ello es la Declaración Conjunta sobre universalidad y el derecho a la libertad de expresión de 2014 elaborado por los Relatores Especiales para la Libertad de Expresión de distintos organismos internacionales que en su primera recomendación señalan que: “Los Estados deberían *adoptar medidas positivas* para asegurar el ejercicio efectivo y sin discriminación por todas las personas y grupos de la sociedad de su derecho a la libertad de expresión […] (la cursiva es mía)”. También el sistema europeo de derechos humanos reconoce que existen obligaciones positivas exigibles a los Estados, aunque en supuestos poco frecuentes.[46]

En general, se identifican como obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: la obligación de respetar, la obligación de proteger, la obligación de cumplir, la obligación de otorgar un recurso efectivo de protección y la obligación de prohibir cualquier tipo de discriminación. Esta tipificación se reproduce en las obligaciones de la libertad de expresión.

La obligación de *respetar* la libertad de expresión significa acatar su ejercicio. La Corte IDH señala que la libertad de expresión tiene dos dimensiones: la individual que consiste en el derecho de una persona a expresarse y la colectiva o social que consiste en el derecho de recibir la información u opinión. La obligación de respetar en su

[46] BUSTIOS GISBERT, Rafael. *Óp. Cit.,* p. 477.

dimensión individual significa exigir que el Estado o un particular (el empleador) no impidan que el dirigente sindical o el trabajador manifiesten su pensamiento, idea, opinión o información. La obligación de respetar en su dimensión colectiva significa exigir que el Estado o un particular (el empleador) no impidan que los trabajadores o la sociedad reciban la manifestación del dirigente sindical o del trabajador.

La Corte IDH considera que es un deber del Estado no restringir la difusión de la información a través de la prohibición o regulación desproporcionada de los medios escogidos para que los destinatarios puedan recibirlas.[47]

La obligación de *proteger* la libertad de expresión ha recibido la mayor cantidad de pronunciamientos. Por ejemplo, el Comité de DDHH refiriéndose al PIDCP, que puede extenderse al CADH, resalta su contenido: "En cumplimiento de esta obligación, los Estados partes deben cerciorarse que las personas estén protegidas contra los actos de particulares o entidades privadas que obtén al disfrute de las libertades de opinión y expresión en la medida en que estos derechos del Pacto sean susceptibles de aplicación entre particulares o entidades privadas".[48]

La obligación de proteger la libertad de expresión laboral se dirige tanto al Estado como al empleador o un tercero, reconociendo que la violación del derecho humano puede provenir de un particular, en nuestro caso, sería el empleador. La aplicación de los derechos fundamentales entre los particulares (*drittwirkung*) está muy asentado en los ordenamientos nacionales, siendo justamente en la relación laboral donde se produce de manera constante su aplicación.

El TEDH sostiene que existe la obligación de proteger la libertad de expresión en las relaciones laborales entre particulares.[49] Además, la jurisprudencia es precisa en señalar la responsabilidad internacional del Estado por restricciones indirectas que pueden provenir de actos de particulares, porque el Estado omite su deber de proteger la previsibilidad de un riesgo real o inmediato, o cuando deja de cumplir su deber de protección.[50]

La Corte IDH le señala a los Estados su obligación de proteger comprende que "las autoridades competentes, sean judiciales o administrativas, tienen el deber de revisar las actuaciones o decisiones que se ejercen en el ámbito privado y que acarrean consecuencias a los derechos fundamentales, resultan acorde con el derecho interno y sus obligaciones internacionales. De lo contrario, el Estado debe corregir la vulneración a estos derechos y brindarles una adecuada protección".[51] Por ejemplo, la sanción

[47] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, No. 135, párrafo 73.
[48] NACIONES UNIDAS. *Óp. Cit.,* párrafo 7.
[49] Cfr. TRIBUNAL EUROPE DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Fuentes Bobo vs. España.* Sentencia de 29 de febrero de 2000. Estrasburgo: Secretaría de la Corte, No. 39293/93, párrafo 38.
[50] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela.* Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, No. 194, párrafos 107-110.
[51] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Perú.* Sentencia de 31 de agosto de 2017. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 340, párrafo 92.

disciplinaria implementada por el empleador contra un dirigente sindical o un trabajador por considerar que su expresión ha vulnerado el derecho al honor y buena reputación debe estar sujeto a revisión judicial.

La obligación de *cumplir* la libertad de expresión laboral se viene materializando bajo diversas formalidades, Merece destacarse la obligación del Estado en *adoptar las medidas eficaces de protección* contra los actos que están destinados a impedir el ejercicio de la libertad de expresión.[52] La obligación del Estado en *garantizar que los dirigentes sindicales accedan a los lugares de trabajo* para informar a los trabajadores. Esta obligación la resaltamos en párrafos previos vinculado al derecho a la información dentro del contenido de la libertad de expresión laboral.

La obligación de *prohibir cualquier tipo de discriminación* en la libertad de expresión laboral lo encontramos cuando se exige al Estado *eliminar las medidas que discriminen a los individuos de una participación plena en la vida política, económica, pública y social de su país*.[53] La prohibición de la discriminación está presente de manera permanente en los instrumentos internacionales de derechos humanos para asegurar que las personas no sean privadas en la titularidad y en el ejercicio de sus derechos por alguna causal de discriminación. Por ejemplo, en párrafos previos se resaltó que estaba protegido por la libertad de expresión que la persona pueda expresarse en forma oral o escrita en el idioma que elija. Una regulación que discrimine el ejercicio de la libertad de expresión bajo alguna causal debe ser eliminada por el Estado.

V. LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN LABORAL

El derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto[54] porque expresamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe su sujeción a ciertas limitaciones en los párrafos 2, 4 y 5 del artículo 13.

La restricción de la libertad de expresión está definida en el citado párrafo 3 del artículo 19 del PIDCP. Exige que la restricción se encuentre fijada por la Ley y se sustente en asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública. En el caso de la CADH, también se exige que una Ley fije la restricción y plantea similares causales del Pacto para justificar la restricción. Lo cualitativamente distinto entre ambos instrumentos internacionales es que la Convención Americana expresamente prohíbe la censura previa.

El inconveniente de los supuestos que justifican la restricción es que alude a conceptos indeterminados o difíciles de concretar en la práctica,[55] lo que le otorga un peso decisivo a la casuística judicial para definirlos. De allí que el aporte de la jurisprudencia de las cortes internacionales y los tribunales constitucionales o cortes

---

[52] NACIONES UNIDAS. *Comunicación No 458/91, Mukong vs. Camerún.* Ginebra: Comité de Derechos Humanos, 21 de julio de 1994.

[53] Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.* Washington: Organización de Estados Americanos, octubre 2000, párrafo 9.

[54] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Kimmel vs. Argentina.* Sentencia de 2 de mayo de 2008. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 177, párrafo 154.

[55] Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael. *Óp. Cit.,* p. 474.

supremas nacionales para esclarecer la correcta aplicación de las restricciones y no caer en violaciones a la libertad de expresión.

Lo cierto es que las restricciones a la libertad de expresión no pueden poner en peligro a la propia libertad, es decir, no puede invertirse la relación entre el derecho y la restricción[56]. La protección de la libertad de expresión prevalece *prima facie* ante la duda de una válida restricción. Asimismo, las restricciones solamente se aplican para los fines que son prescritas y deben estar relacionadas directamente con la necesidad específica de la que dependen.[57]

En otras palabras, la restricción no puede afectar el núcleo de la libertad de expresión porque si no lo desvirtuaría como derecho humano. Respalda esta afirmación la Declaración Conjunta sobre universalidad y el derecho a la libertad de expresión de 2014 en el literal e) de su recomendación a los Estados al señalar que: "Existe un núcleo de libertad de expresión respecto del cual los Estados no tienen potestad alguna o tan solo una facultad extremadamente limitada de adoptar restricciones que permitan tomar en cuenta las tradiciones, la cultura y los valores locales, y esto incluye en particular el discurso político en un sentido amplio, en vista del carácter trascendental de dicho discurso para la democracia y el respeto de todos los derechos humanos, lo cual también implica que las figuras públicas deberían aceptar un mayor grado de escrutinio por la sociedad".

En el ámbito laboral no puede no puede invocarse la subordinación de la relación laboral como argumento justificativo para restringir su ejercicio por el empleador.[58]

V.1. La censura previa

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la censura previa como una restricción válida a la libertad de expresión. La Declaración sobre Libertad de Expresión de 2000 elaborado por la CIDH lo precisa en su Principio 5. La prohibición de la censura previa en el sistema interamericano de derechos humanos significa a la vez que el abuso en su ejercicio produce responsabilidades ulteriores. El párrafo 2 del artículo 13 de la CADH es preciso al prescribirlo, exigiendo que esas responsabilidades deben estar expresamente fijadas por la ley y, como resalta la CIDH, persiguen fines legítimos que los fundamenten.[59]

---

[56] NACIONES UNIDAS. *Observación General No 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión (CCPR/C/GC/34).* Ginebra: Comité de Derechos Humanos, 102° período de sesiones, 2011, párrafo 21.
[57] Ídem., párrafo 22.
[58] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, 2ª. Edición aumentada, p. 171.
[59] Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Óp. Cit.,* párrafo 22.

La Corte IDH es muy firme en señalar que no caben medidas de control preventivo ante el eventual abuso de la libertad de expresión y prescribe los requisitos para la responsabilidad ulterior en el marco de un test tripartito.[60]

Estos criterios establecidos por la Corte IDH y la CIDH tienen su fuente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos, quien exige que las restricciones sean previstas por una ley, con un objetivo legítimo, y necesarias en una sociedad democrática (necesidad social imperiosa).[61]

La Corte IDH ha desarrollado la figura de la censura indirecta interpretando el párrafo 3 del artículo 19 cuando el tratado internacional se refiere a medios indirectos que restringen inválidamente la libertad de expresión. El supuesto que nos interesa se produce cuando se impone una restricción sobre el titular del derecho para ejercitar la libertad de expresión, en vez de hacerlo directamente sobre la manifestación del pensamiento, idea, opinión o información. De este modo, la censura indirecta impide el ejercicio de la libertad de expresión. El caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* resulta paradigmático porque se le retira la nacionalidad para impedir que continúe como propietario del medio de comunicación opositor al gobierno de Fujimori, dado que la legislación peruana impide que los extranjeros puedan ser titulares de la licencia de medios de comunicación.[62] Por ejemplo, en el ámbito laboral la censura previa se materializa en el mencionado supuesto que se prohíbe legalmente que un extranjero pueda ser electo dirigente sindical. El extranjero que se le impide ser representante de los trabajadores no solo viola la libertad sindical sino también le restringe inválidamente su libertad de expresión. Tengamos presente que la libertad de expresión laboral goza de una mayor protección.

Otras formas de censura indirecta resaltada por la CIDH se producen cuando se crea un ambiente de intimidación que inhibe la expresión crítica, la autorización explícita o tácita de barreras impuestas por particulares para impedir el flujo de ideas, especialmente de aquellas que resultan molestas o incómodas al poder político o económico.[63] Por ejemplo, en el ámbito laboral se puede producir por el abuso del poder de empleador sobre los trabajadores creando una atmósfera de represión que inhibe la libertad de expresión laboral, o una serie de decisiones del empleador que están dirigidas a entorpecer su ejercicio: la prohibición de tablones sindicales en la empresa. En todos

---

[60] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva sobre la "Colegiación Obligatoria de Periodistas".* Opinión Consultiva de 13 de noviembre de 1985. San José: Secretaría de la Corte, Serie A, N.º 5, párrafo 39.

[61] EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. BUSTOS GISBERT, Rafael y TORRES MURO, Ignacio. "Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo". En: *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos* de Javier García Roca, Pablo Antonio Fernández, Pablo Santolaya y Raúl Canosa (Editores). Madrid: Editorial Civitas, 2012, p. 189.

[62] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, No. 74.

[63] Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión.* Washington: Organización de Estados Americanos, 2009, párrafo 77.

estos supuestos motivados por la acción de un particular (el empleador), existe una responsabilidad del Estado por omitir el control sobre este tipo de abusos[64].

V.2. La fijación de la restricción en una ley

La exigencia de la CADH que estén prescritas legalmente las restricciones de la libertad de expresión condujo a los órganos del control del sistema interamericano a precisarlo. La Corte IDH señala que la limitación debe encontrarse establecida en forma previa y de manera expresa, taxativa, precisa y clara en una ley, tanto en el sentido formal como material. [65]

Tengamos presente que para la Corte IDH la expresión "leyes" son los actos normativos generales adoptados por el órgano legislativo constitucionalmente previsto y democráticamente elegido, según los procedimientos de la Constitución nacional.[66] Esto significa que para cumplir con este requisito solo se consideran válidas las promulgadas cumpliendo con estas formalidades.

Además, nos recuerda la Corte IDH que estas previsiones legales claras y precisas solo pueden referirse a responsabilidades ulteriores, señaladas en términos unívocos que delimiten claramente las conductas ilícitas, fijen sus elementos con precisión y permitan distinguirlos de comportamientos no ilícitos, de lo contario se irrespeta el principio de legalidad.[67]

Resultan inaceptables las normas legales que sean vagas, ambiguas, amplias o abiertas porque bajo esta forma otorgan facultades discrecionales que permiten las arbitrariedades, lo que para la CIDH equivale a una censura previa o imponer responsabilidades desproporcionadas por la expresión de discursos protegidos[68]. Asimismo, pueden disuadir la emisión de informaciones y opiniones por el temor a sanciones.[69] Esto resulta importante tener presente cuando las legislaciones nacionales sancionan con el despido a los dirigentes o trabajadores bajo la falta grave de violar el derecho de respeto a la honra del empleador, sus representantes u otros trabajadores por sus expresiones. La Corte IDH señala que la naturaleza laboral no hace exigible el cumplimiento del requisito de legalidad en los mismos términos de una evaluación

---

[64] Ídem., párrafo 86.

[65] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva sobre la "Colegiación Obligatoria de Periodistas".* Opinión Consultiva de 13 de noviembre de 1985. San José: Secretaría de la Corte, Serie A, N.º 5, párrafo 40.

[66] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva de 9 de mayo de 1986. San José: Secretaría de la Corte, Serie A, N.º 6, párrafo

[67] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Kimmel vs. Argentina.* Sentencia de 2 de mayo de 2008. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 177, párrafo 63.

[68] Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión.* Washington: Relatoría Especial de la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párrafo 70.

[69] Ídem., párrafo 71.

análoga a la realizada en casos que involucran cuestiones penales.[70] En otras palabras, existe una mayor flexibilidad con la norma laboral al momento de evaluar la fijación de la restricción.

El Comité DDHH agrega que cualquier restricción de la libertad de expresión es una grave violación de los derechos humanos, por lo que no resulta compatible con el PIDCP que se le justifique en base al derecho tradicional, religioso u otras normas consuetudinarias análogas.[71] Además, exige que la ley debe estar formulada con precisión de modo que resulte comprensible para la ciudadanía[72] y accesible al público.

V.3. La necesidad imperiosa para restringir

La exigencia de la CADH que la restricción sea necesaria significa que el Estado debe demostrar que su imposición está vinculada a los objetivos imperiosos de la sociedad democrática[73], lo que se conoce como una necesidad social imperiosa.

La Corte IDH subraya que la necesidad imperiosa no puede ser confundida con útil, razonable u oportuna[74], por ello se exige que la legitimidad de la restricción sea claramente fundamentada en función a una necesidad cierta e imperiosa, esto es que no puede alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo.[75] También significa que no puede restringirse más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y el alcance del derecho a la libertad de expresión.[76] Además, la restricción no solo debe ser idónea y necesaria sino estrictamente proporcional al fin legítimo.[77] En realidad, la Corte Interamericana incorpora los elementos del test de proporcionalidad o ponderación al momento de calificar si la necesidad social imperiosa está debidamente justificada para restringir la libertad de expresión. Lo que se repite cuando evalúa un conflicto entre un derecho humano y la libertad de expresión.

El otro criterio ya adelantado es que la restricción se justifique en las exigencias justas de la sociedad democrática, es decir, que “las normas de amparo de las cuales se interpretan estas restricciones deben ser compartidas con la preservación y el desarrollo

---

[70] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Perú.* Sentencia de 31 de agosto de 2017. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 340, párrafo 120.

[71] NACIONES UNIDAS. *Observación General No 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión (CCPR/C/GC/34).* Ginebra: Comité de Derechos Humanos, 102° período de sesiones, 2011, párrafo 24,

[72] NACIONES UNIDAS. *Comunicación No 578/94, De Groot vs. Países Bajos.* Ginebra: Comité de Derechos Humanos, 14 de julio de 1995.

[73] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Sentencia de 2 de julio de 2004. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 107, párrafo 120-123.

[74] Ídem., párrafo 122.

[75] Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Óp. Cit.,* párrafo 85.

[76] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne.* Sentencia de 22 de noviembre de 2005. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, N.º 135, párrafo 85.

[77] Ibidem.

de sociedades democráticas conforme lo estipulan los artículos 29 y 32 de la Convención Americana".[78]

Al lado, la jurisprudencia del TEDH señala que la injerencia sobre la libertad de expresión solo se da cuando directamente se cuestiona los fundamentos de la sociedad democrática, lo que le otorga un carácter muy acotado.[79]

Lo que siempre resulta exigible es que el Estado demuestre una razón legítim a para restringir la libertad de expresión, para ello debe demostrar en forma concreta e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza, es decir, la conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza.[80]

El listado establecido en el párrafo 2 del artículo 13 de la CADH son los que justifican la necesidad social imperiosa: el respeto de los otros derechos humanos, el respeto a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas. Como señalamos previamente son conceptos indeterminados o de difícil concreción en la práctica, para ello el juicio de ponderación cumple el rol de solucionar el conflicto con la libertad de expresión.

V.4. El juicio de ponderación de la libertad de expresión laboral

En su Observación General No. 27 sobre la Libertad de Circulación (artículo 12 del PIDCP), el Comité DDHH plantea con claridad la importancia que goza el juicio de proporcionalidad para la correcta aplicación de las restricciones en los derechos humanos, lo que nos marca una pauta para la libertad de expresión: "[…] Las medidas restrictivas deben ajustar al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse".[81] A esto agrega el Comité DDHH específicamente sobre el juicio de proporcionalidad en la libertad de expresión que: "El principio de proporcionalidad también debe tener en cuenta la forma de expresión de que se trate así como los medios por los que se difunda".[82]

Como señalamos en párrafos previos, el juicio de proporcionalidad es el que permite asegurar que existe la necesidad social imperiosa que justifica la restricción de la libertad de expresión. El juicio de proporcionalidad cumple el rol de ponderar los derechos humanos o los valores esenciales en conflicto con la libertad de expresión, teniendo como referente la prevalencia *prima facie* de la libertad de expresión, porque, como hemos

---

[78] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Óp. Cit.,* párrafo 68.
[79] Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael. *Óp. Cit.,* p. 495.
[80] Cfr. NACIONES UNIDAS. *Comunicación No 926/00, Shin vs. Corea del Sur.* Ginebra: Comité de Derechos Humanos, 16 de marzo de 2004.
[81] NACIONES UNIDAS. *Observación General No 27. Libertad de Circulación (artículo 12) (CCPR/C/21/Rev.1/Add.9).* Ginebra: Comité de Derechos Humanos, 1 de noviembre de 1999, párrafo 14.
[82] NACIONES UNIDAS. *Observación General No 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión (CCPR/C/GC/34).* Ginebra: Comité de Derechos Humanos, 102° período de sesiones, 2011, párrafo 34.

subrayado también, la libertad de expresión es fundamental para el ejercicio de los demás derechos humanos y uno de los pilares de la sociedad democrática. De este modo, dada su protección resulta más exigible que su restricción sea lo más acotada o menos perturbadora posible.

En el mundo del trabajo la libertad de expresión laboral resulta esencial para el respeto de los derechos humanos laborales y la democratización de las relaciones laborales. Justamente el Comité de Libertad Sindical apunta a la centralidad de la libertad de expresión laboral para el respeto de los derechos sindicales:

> No puede desarrollarse un movimiento sindical libre dentro de un régimen que no garantice los derechos fundamentales, en especial el derecho de los trabajadores sindicados a reunirse en los locales sindicales, *el derecho de libre opinión verbal y escrita* y el derecho de los trabajadores sindicados a contar en caso de detención con las garantías de un procedimiento judicial regular incoado lo antes posible (la cursiva es mía).[83]

La jurisprudencia internacional también se pronuncia sobre la centralidad de la libertad de expresión laboral para el ejercicio de los derechos sindicales y la vida democrática en las relaciones laborales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce en el Caso *Palomo Sánchez y otros* que el derecho a la libertad de expresión protege el derecho de los miembros de una organización sindical a expresar sus demandas para mejorar sus condiciones laborales. Por ello, la libertad de expresión de los sindicatos y sus representantes constituyen un medio de acción esencial, sin el cual perderían su eficacia y su razón de ser.[84] En el sustancial fallo del Caso *Lagos del Campo* la Corte IDH lo plantea en similares términos: "[…] la libertad de expresión resulta una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores, a fin de proteger sus derechos laborales, mejorar sus condiciones e intereses legítimos, puesto que sin este derecho dichas organizaciones carecerían de eficacia y razón de ser".[85]

La Corte IDH ha sido muy preciso en señalar que en los casos de restricción de la libertad de expresión deben analizarse tres factores dentro del juicio de proporcionalidad: "i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro".[86] Estos son los tres pasos que se siguen en los juicios de proporcionalidad.

---

[83] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Óp. Cit.,* párrafo 37.

[84] Cfr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Palomo Sánchez y otros vs. España.* Sentencia de 12 de septiembre de 2011. Estrasburgo: Secretaría de la Corte, párrafo 56.

[85] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Perú.* Sentencia de 31 de agosto de 2017. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 340, párrafo 91.

[86] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Kimmel vs. Argentina.* Sentencia de 2 de mayo de 2008. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 177, párrafo 84.

Sin embargo, resulta más apropiado centrarnos en los criterios elaborados por los órganos de control internacional de derechos humanos en base a los juicios de proporcionalidad aplicados sobre la libertad de expresión en vez de su metodología.

V.4.1. La lesión o amenaza del derecho en conflicto

La aplicación de la restricción de la libertad de expresión exige que el derecho en conflicto se encuentre claramente lesionado o amenazado, lo cual debe ser demostrado por la autoridad nacional que impone la restricción. Por lo que, si no existe una lesión o amenaza clara sobre el derecho, resultan innecesarias las responsabilidades ulteriores.[87]

Aquí nos referimos que la lesión es la afectación, daño, perjuicio o detrimento sobre el derecho en conflicto y la amenaza es una acción que anticipa la afectación, daño, perjuicio o detrimento sobre el derecho en conflicto.

V.4.2. El contexto del ejercicio de la libertad de expresión

El juicio de proporcionalidad debe valorar el contexto en el que se producen las expresiones y la importancia que tiene el debate democrático sobre los temas de interés público. Estos elementos deben ser positivamente valorados por el juez nacional al establecer las responsabilidades ulteriores. Esto lo afirma la Corte IDH en estos términos: "el [P]oder Judicial debe tomar en consideración el contexto en el que se realizan las expresiones en asuntos de interés público; el juzgador debe ´ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre los temas de interés o preocupación pública´".[88]

De este modo se introduce en la valoración del juicio de proporcionalidad el contexto en que se ejerce la libertad de expresión, en razón que puede explicar el sentido y los términos empleados para manifestar los pensamientos, ideas, opiniones o informaciones.

Este criterio es fundamental en el contexto de las relaciones laborales caracterizadas por su conflictividad. Como resalta Gorelli e Igartua, las expresiones en el ámbito de las relaciones laborales pueden ser vertidas en el contexto de una discusión, las provocaciones previas con el destinatario de las manifestaciones o en situaciones de conflicto con la empresa, en el escenario de una huelga. La jurisprudencia española aprecia que una expresión puede ser valorada de manera distinta en función al contexto.[89]

En el Caso *Lagos del Campo* la Corte IDH establece que la relevancia de la condición de representante de los trabajadores le hace recibir una mayor protección en el ejercicio de su libertad de expresión, aunque la ley nacional que restrinja la libertad no sea

[87] Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Óp. Cit.,* párrafo 77.
[88] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá.* Sentencia de 27 de enero de 2009. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 193, párrafo 123.
[89] Cfr. GORELLI HERNÁNDEZ, Juan e IGARTUA MIRÓ, María Teresa. "Libertad de expresión y despido por inducción. Problemas relativos a la carga de la prueba". En: *Revista del Poder Judicial de España*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, No. 62, segundo trimestre del 2001, p. 489.

taxativa en determinar su protección especial, les corresponde a las autoridades encargadas de su aplicación las que deben velar por la protección.[90]

V.4.3. El juicio de veracidad en la libertad de expresión: la *real malicia*

La libertad de expresión puede dividirse entre la manifestación de una información o la manifestación de un pensamiento, idea u opinión. En el primer supuesto, el emisor da a conocer un hecho, un dato o una noticia. En el segundo supuesto, el emisor da a conocer su apreciación sobre las razones, probabilidades o conjeturas referentes a la verdad o certeza de un hecho, un dato o una noticia. Esta diferencia cualitativa del tipo de expresión permite definir si cabe aplicarle un juicio de veracidad.

El Principio 7 de la Declaración de Principios sobre la libertad de expresión de 2000 señala: "Condicionamientos previos, tales como *veracidad,* oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son *incompatibles* con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales (la cursiva es mía)". La CIDH interpretando este principio hace el distingo entre los temas que responden a hechos concretos y de posible comprobación fáctica frente a los que corresponden hacer juicios de valor. Respecto a estos últimos es imposible señalar su veracidad.[91] En otras palabras, se puede someter a un juicio de veracidad la información expresada en razón que puede confrontarse ante un hecho o noticia concreta, pero esto no es reproducible ante la formulación de un pensamiento, idea u opinión. La Corte IDH afirma que solo son susceptibles de juicios de veracidad o falsedad los hechos y no las opiniones[92], aunque se resalta que es casi nulo el papel otorgado al juicio de veracidad en la jurisprudencia americana[93]. Pero la CIDH llama la atención que inclusive con las informaciones existe serias dificultades en someterlas a un juicio de veracidad.[94]

En párrafos previos señalamos que el derecho a la información no admite una censura previa, no puede previamente a su manifestación prohibirla, aunque se la considere errónea o falsa, esto violaría la libertad de expresión. Esto también lo resalta la Corte IDH al señalar que: "No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada *verazmente* para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serán falsas a criterio del censor (la cursiva es mía)".[95]

---

[90] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Perú.* Sentencia de 31 de agosto de 2017. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 340, párrafo 121.

[91] Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.* Washington: Organización de Estados Americanos, octubre 2000, párrafo 32.

[92] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Kimmel vs. Argentina.* Sentencia de 2 de mayo de 2008. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 177, párrafo 93.

[93] Cfr. EGUIGUREN y otros. *Óp. Cit.,* p. 193-194.

[94] Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Óp. Cit.,* párrafo 32.

[95] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva sobre la "Colegiación Obligatoria de Periodistas".* Opinión Consultiva de 13 de noviembre de 1985. San José: Secretaría de la Corte, Serie A, N.º 5, párrafo 33.

Lo que si resulta sancionable es la información que demuestre ser producida con *real malicia* (actual malice)[96], es decir, que el emisor expresa una información con conocimiento que es falsa o sin preocuparse por su veracidad. La CIDH desarrolla su concepto de *real malicia* en los siguientes términos: "producida con la intención expresa de causar un daño, o con pleno conocimiento de que dicha información es falsa, o con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas. La carga de la prueba recae sobre quienes se sienten afectados por una información falsa o inexacta demostrando que el autor de la noticia procedió con malicia".[97] El criterio de que la carga de la prueba recae sobre quien la alega es recogido por la Corte IDH.[98]

V.4.4. La reparación del daño

Si el juicio de proporcionalidad concluye que efectivamente se lesiona o amenaza un derecho por el abuso de la libertad de expresión, estamos ante una responsabilidad ulterior del emisor. Para reparar dicho daño el artículo 14 de la Convención Americana establece el derecho de rectificación o respuesta. En caso que el daño grave causado sea intencional o con evidente desprecio por la verdad corresponde la reparación civil en el marco del artículo 13.2 de la Convención. Respecto a una eventual sanción penal, tanto la CIDH y la Corte IDH consideran que puede resultar desproporcionado.[99] También el Comité de Derechos Humanos cuestiona la aplicación de una sanción penal, específicamente en el delito de difamación, y que la pena de prisión no es nunca adecuada.[100]

La CIDH fundamenta su posición porque considera que la utilización de mecanismos penales para sancionar expresiones sobre cuestiones de interés público o sobre funcionarios públicos, candidatos a ejercer cargos públicos o políticos vulnera el artículo 13 de la CADH, al no existir un interés social imperativo que lo justifique, resulta innecesaria y desproporcionada, pudiendo constituir en un medio de censura indirecta dado su efecto amedrentador.[101]

---

[96] La *real malicia* (actual malice) es un término jurídico acuñado por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en su fallo del 9 de marzo de 1964 en el caso *New York Times vs. Sullivan* que discute la protección constitucional de la Primera Enmienda sobre la libertad de expresión, donde señala que las garantías constitucionales requieren una norma federal que impida a un funcionario público a ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria relacionada a su conducta oficial a menos que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una gran despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

[97] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.* Washington: Organización de Estados Americanos, octubre 2000, párrafo 46.

[98] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Sentencia de 2 de julio de 2004. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 107, párrafo 132.

[99] Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión.* Washington: Relatoría Especial de la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párrafo 79.

[100] Cfr. NACIONES UNIDAS. *Observación General No 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión (CCPR/C/GC/34).* Ginebra: Comité de Derechos Humanos, 102° período de sesiones, 2011

[101] Ídem., párrafo114.

La Corte IDH no rechaza la sanción penal, pero debe implementarse con mucha cautela.[102] También el TEDH es poco receptivo a toda sanción penal porque resulta disuasorio para el ejercicio de la libertad de expresión e inclusive extremo para un caso de abuso de la libertad de expresión.[103]

En párrafos previos se resaltó que en el ámbito laboral las legislaciones nacionales suelen sancionar con el despido al trabajador que por sus expresiones viola el derecho de respeto a la honra del empleador, sus representantes u otros trabajadores. Lo que debe interrogarse es si la sanción del despido resulta proporcional a este supuesto y cuáles son las condiciones que deben respetarse para considerar válida la sanción.

La Corte IDH reafirma que no existe una censura previa en la libertad de expresión laboral, aunque sí cabe imponer responsabilidades ulteriores en caso se haya afectado el derecho a la honra y la reputación.[104] En otras palabras, si cabría despedir a un trabajador que abusa de su libertad de expresión laboral. No obstante, la misma Corte "entiende que el despido puede constituir la máxima sanción de la relación laboral, por lo que es fundamental que la misma revista una necesidad imperiosa frente a la libertad de expresión y que tal sanción esté debidamente justificada ("despido justificado")".[105] Entonces ante un despido bajo este supuesto se deben cumplir imperiosas exigencias para validar la sanción.

La Corte IDH sostiene que en un caso donde se discute la justificación del despido de un trabajador por un supuesto abuso de la libertad de expresión laboral resulta fundamental para el análisis: i) si el trabajador despedido era un representante electo de los trabajadores y se encontraba en ejercicio de su mandato; ii) si las manifestaciones se realizaron en el marco de sus funciones y en un contexto que puede tener un interés público y colectivo; iii) si las declaraciones contaban con una protección reforzada en el ejercicio de sus funciones; iv) si las declaraciones no fueron de mayor entidad que traspasaran el umbral de protección en aras del contexto laboral; y v) se habría demostrado una necesidad imperiosa para proteger el derecho al honor y la reputación en el caso particular.[106] Todos estos elementos del análisis deben concurrir en el caso de una sanción por la libertad de expresión laboral.

VI. CONCLUSIONES

La protección de la libertad de expresión en el ámbito laboral es una condición necesaria para el ejercicio de los demás derechos humanos laborales y la vida democrática en el mundo del trabajo.

---

[102] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Kimmel vs. Argentina.* Sentencia de 2 de mayo de 2008. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 177, párrafo 78.
[103] Cfr. BUSTOS GISBERT, Rafael. *Óp. Cit.,* p. 476.
[104] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Perú.* Sentencia de 31 de agosto de 2017. San José: Secretaría de la Corte, Serie C, No. 340, párrafo 98.
[105] Ídem., párrafo 125.
[106] Ídem., párrafo 130.

La libertad de expresión tiene dos ámbitos. El derecho individual de expresar sus pensamientos, ideas, opiniones e informaciones y el derecho colectivo a procurar y recibir a cualquier pensamiento, idea, opinión o información. En el ámbito laboral significa que el dirigente sindical o el trabajador tienen el derecho de expresar sus pensamientos, ideas, opiniones e informaciones que considere oportuna. El derecho colectivo de trabajadores en procurar y recibir cualquier pensamiento, idea, opinión o información expresado por el dirigente sindical u otro trabajador.

El contenido de la libertad de expresión laboral incluye el derecho de los trabajadores a la información previa, lo que significa la obligación del empleador en permitir el acceso de los dirigentes sindicales a los lugares de trabajo. Así como el derecho de los trabajadores en poseer la información, transportarla y difundirla, extendiéndose a cualquiera de los medios utilizados para el ejercicio de la libertad de expresión. De igual modo, se reconoce que no es un derecho absoluto, por lo que tiene límites y restricciones al poder afectar otros derechos fundamentales, como el derecho a la honra. Sin embargo, cualquier restricción no puede afectar el núcleo de la libertad de expresión laboral.

La titularidad del derecho le corresponde a los dirigentes y trabajadores en general, no pudiendo reducirlo solo en favor de los comunicadores sociales. La libertad de expresión de los dirigentes sindicales y los trabajadores goza de un interés general dada su trascendencia, por lo que su protección debe tener un nivel reforzado. Esto va a tener significativas consecuencias para los casos de despidos o sanciones sobre los dirigentes o trabajadores por cuestionar o criticar a su empleador.

Se prohíbe la censura previa sobre la libertad de expresión, la cual se puede materializar por medios directos e indirectos también prohibidos. En el ámbito laboral, no cabe una censura previa del Estado o del empleador sobre la libertad de expresión del dirigente sindical o los trabajadores en general. Si se presenta un abuso de la libertad de expresión, lo que corresponde son responsabilidades ulteriores.

Solo puede ser válidamente restringida la libertad de expresión laboral luego de la aplicación de un juicio de proporcionalidad que concluya en la necesidad imperiosa de implementarlo. No caben restricciones basadas en superficiales apreciaciones de las autoridades nacionales o en ambiguas regulaciones. Es una condición necesaria la aplicación del juicio de proporcionalidad para justificar la restricción.

No puede ser juzgado la manifestación de pensamientos, ideas u opiniones porque no puede ser sometida a un juicio de veracidad dada la ausencia de admisión de pruebas. En el caso de la manifestación de informaciones puede ser valorado por el juicio de veracidad en tanto cabe ser confrontado fácticamente. Sin embargo, no puede atribuirse una responsabilidad sobre su emisor, salvo que hubiese sido formulado con *real malicia*, es decir, el emisor conoce claramente la falsedad de la información que manifiesta buscando provocar un daño. Lo que significa que el peso de la responsabilidad sancionable es demostrar que el emisor cometió *real malicia.* Solo demostrándolo puede reclamarse responsabilidades ulteriores.

Trasladando esta conclusión al ámbito laboral, un dirigente sindical o un trabajador no pueden ser sancionados por la manifestación de sus pensamientos, ideas u opiniones. En cuanto a la manifestación de informaciones, tampoco pueden ser sancionados, salvo que el empleador demuestre que al momento de su manifestación dicha información era conocida su falsedad o que existe una clara negligencia en la búsqueda de la verdad o la falsedad del dirigente sindical o del trabajador sobre la información.

Finalmente, la sanción penal debe ser la excepción de la reparación del daño grave. En general, la sanción laboral resulta suficiente frente a casos de violación del derecho a la honra del empleador, sus representantes u otros trabajadores.

LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR FRENTE AL CIERRE DEL CENTRO DE TRABAJO COMO MANIFESTACIÓN DEL FRAUDE EN LAS TRANSFORMACIONES EMPRESARIALES

BEATTY EGÚSQUIZA PALACIN[1]

I. INTRODUCCIÓN

En una inspección laboral, suelen advertirse las siguientes situaciones: el primer caso se presenta cuando luego de emitida una orden de inspección dirigida a que se fiscalice a una empresa "A", se acude a realizar la visita inspectiva al domicilio de dicha empresa, pero una vez en dicho domicilio, no se brinda ninguna razón de dicha empresa puesto que en ese mismo lugar ahora existe formalmente otra empresa "B", aunque los trabajadores, el personal de dirección y los bienes sean los mismos de la empresa "A"; en el segundo caso, no existe ninguna referencia de la empresa "A" en su domicilio, pero se toma conocimiento de que el mismo negocio se encuentra en otro domicilio, pero con otra personería jurídica.

En ambos supuestos, la inspección laboral encuentra un freno a su finalidad que es la protección de los derechos laborales, pues formalmente ya no existe empresa que fiscalizar pero se tiene conocimiento que el negocio ha tomado otra forma jurídica a través de la constitución de una nueva persona jurídica que realiza el mismo negocio, tiene el mismo personal, los mismos representantes legales y accionistas; y que, a partir de dicha diferenciación formal de personería jurídica, buscar esquivar la inspección laboral, entorpeciendo con ello la búsqueda de tutela de los trabajadores a los que se les adeuda el pago de sus beneficios laborales.

Si bien podría indicarse que, en escenarios como el descrito, los trabajadores deberían acudir al proceso laboral buscando tutela a sus reclamos, el escenario actual en el que la vía judicial conlleva un costo para el trabajador (salvo los casos en los que por la cuantía se les puede brindar asesoría legal gratuita por parte de la Autoridad

[1] Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogada de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral

Administrativa de Trabajo) y una excesiva demora en la atención de sus reclamos; consideramos que el ordenamiento actual brinda otras herramientas más efectivas a partir de la sinergia que se puede realizar entre la inspección laboral y el proceso judicial a fin de atender este tipo de situaciones.

Por lo expuesto, en la presente investigación buscamos resaltar las posibilidades de acción con las que cuenta un trabajador cuando es afectado por el cierre intempestivo del centro laboral por parte de su empleador que, a través de una transformación empresarial fraudulenta, busca eludir el cumplimiento de sus obligaciones laborales. De esta manera, hemos dividido el presente trabajo en los siguientes puntos: primero, expondremos cómo el cierre del centro laboral puede servir como mecanismo de elusión de obligaciones laborales; segundo, indicaremos qué tipo de transformaciones empresariales pueden verse involucradas en un cierre de centro laboral; tercero, indicaremos la importancia de la inspección laboral y del proceso laboral ante un cierre del centro laboral; y, cuarto y último, señalaremos una propuesta de reforma de la normativa actual que buscaría repotenciar las herramientas con las que actualmente cuenta un trabajador para afrontar un cierre del centro del trabajador por parte de su empleador.

II. EXTINCIÓN DE LA EMPRESA, CIERRE DEL CENTRO LABORAL Y CREACIÓN DE UN NUEVO NEGOCIO: FRAUDE DE LOS DERECHOS LABORALES

Según la Ley General de Sociedades (Ley Nº 2688) cuando se presente alguna de las causales establecidas en el artículo 407, una sociedad quedará disuelta y por lo tanto entrará a un proceso de liquidación, nombrando para ello a un liquidador; según la misma normativa el liquidador debería presentar a la junta general la memoria de liquidación, la propuesta de distribución del patrimonio neto entre los socios, el balance final de liquidación, el estado de ganancias y pérdidas y demás cuentas que correspondan, con la auditoría que hubiese decidido la junta general.

Es así que lo ideal es que la sociedad haya satisfecho todas las obligaciones con los acreedores, obviamente dentro de ellas las laborales, para disolverse. Sino ocurriera ello los liquidadores no pueden distribuir entre los socios el haber social, lo que debería ocurrir es que se solicite lo que se denomina “el inicio del procedimiento concursal a solicitud del deudor”, en amparo del artículo 24 de la Ley General del Sistema Concursal, Ley Nº 27809[2].

El procedimiento mencionado anteriormente es el ideal; sin embargo, éste muchas veces no ocurre. Como señalábamos al inicio del presente artículo algunas empresas se extinguen sin haber satisfecho todas sus obligaciones y realizan un cierre del centro laboral, en este caso tienen deudas laborales (lo mas preocupante es que muchas veces

[2] Cabe indicar que en atención a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, que señala que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador, el primer orden de preferencia de pago lo tiene los adeudos laborales (artículo 42 Ley General del Sistema Concursal, Ley Nº 27809).

deben remuneraciones, a pesar de que como sabemos la remuneración tiene carácter alimentario), y los dueños del negocio vuelven a crear una nueva empresa contratando otros trabajadores, a quienes posiblemente también no se les pague luego sus remuneraciones menos sus beneficios sociales.

Precisamente, para afrontar esta transformación empresarial fraudulenta, la inspección y el proceso laboral nos brindan herramientas importantes que procedemos a desarrollar.

III. LA INSPECCIÓN LABORAL Y EL ACTA DE VERIFICACIÓN DE CIERRE NO AUTORIZADO DEL CENTRO LABORAL. NECESIDAD DE UNA REFORMA

III.1. La verificación del cierre no autorizado del centro laboral por parte de la Inspección del Trabajo

El empleador, de manera intempestiva, puede llevar a cabo el cierre del centro laboral, buscando con ello eludir el cumplimiento de sus obligaciones laborales y, a su vez, ejecutará alguna modalidad de transformación empresarial a fin de transferir su patrimonio a otro negocio con una personalidad jurídica distinta.

Frente a dicha posibilidad, existe una normativa que regula un mecanismo de protección en sede inspectiva. Así, podemos advertir que el artículo 9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, señala que las actuaciones inspectivas se inician en un plazo máximo de diez días hábiles de recibida la orden de inspección; sin embargo, se dispone que en los casos de cierre de centro de trabajo, entre otras materias que requieren de una urgente e inmediata intervención de la inspección del trabajo, se iniciarán las actuaciones inspectivas en el día de recibida la orden de inspección o desde que se tome conocimiento del hecho.

En el mismo sentido, la solicitud que interponga el trabajador para que la inspección laboral constante el cierre del centro de trabajo no autorizado encuentra una regulación de su procedimiento en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado mediante Resolución Nº 107-2017-TR, que dispone en su trámite 53 (“Solicitud del trabajador para que se verifique la situación de cierre de centro de laboral y/o pago la falta de pago o depósito de CTS conforme a ley”), que el plazo para la orden de inspección en esta materia es de 6 días hábiles.

Esta solicitud, además, concluirá en un acta de inspección que facilitará al trabajador la posibilidad de interponer una medida cautelar de embargo según lo establecido en el Decreto Ley Nº 26135, Normas relativas a los cierres de los centros de trabajo sin autorización expresa de la Autoridad Administrativa; y, además, habilita la posibilidad de presentar un denuncia por el delito tipificado en el artículo 168 del Código

Penal[3], puesto que dispone que aquel que simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir las relaciones laborales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

Ahora bien, a pesar de que la normativa es clara, el mecanismo de la verificación del cierre de centro de trabajo no ha sido muy utilizado en los últimos años, ya que en promedio se emiten, por esta materia, treinta órdenes de inspección en Lima Metropolitana.

Por otro lado, revisando los antecedentes de esta materia, verificamos que antes de la emisión de la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, se encontraba vigente el Decreto Legislativo Nº 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, norma en la que este mecanismo encontraba una regulación en una norma con rango de Ley, lo que le daba una mayor publicidad para el operador jurídico.

Actualmente, la verificación del cierre del centro de trabajo se encuentra regulada en una norma de menor jerarquía como lo es la "Directiva Nacional sobre criterios a tener en cuenta para la verificación del cierre del centro de trabajo sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo, Directiva Nacional Nº 10-2008-MTPE/2/11.4", normativa que no se encuentra publicada en el portal del Ministerio de Trabajo u otro portal, por lo que es complicada ubicarla. Esta Directiva establece que la verificación del cierre del centro laboral es un mecanismo de protección a favor de los trabajadores, que puedan ser afectados con el cobro de sus remuneraciones y beneficios sociales por ley les corresponden.

Asimismo, señala que el cierre no autorizado del centro de trabajo se produce cuando los trabajadores no tienen acceso al lugar donde normalmente laboraban o si ingresando a este, se verifica que no se encuentra operativo, debiendo existir adeudos de carácter laboral con el trabajador o los trabajadores afectados.

Adicionalmente dispone que se constituye el supuesto de cierre de centro de labores, en cualquiera de las siguientes situaciones:

- Cuando se produce la imposibilidad física de ingresar al lugar de trabajo donde normalmente laboraban los trabajadores; pudiendo ser corroborada la falta de funcionamiento del local o centro de trabajo, con indagaciones efectuadas ante los vecinos debidamente identificados, del lugar materia de verificación.

---

[3] *"Artículo 168.- Atentado contra la libertad de trabajo y asociación*
El que, mediante violencia o amenaza, obliga o impide a otro a integrar un sindicato, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.
La misma pena se aplicará al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que disminuye o distorsiona la producción, simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir las relaciones laborales (el subrayado es nuestro).

- Cuando se constata la inexistencia de actividades productivas, comerciales, administrativas o las que correspondan a la empresa, y existe la imposibilidad del representante legal de la empresa de establecer donde podrán continuar con dichas actividades, o si indicado esto

Precisa también que no se considera cierre de centro de trabajo no autorizado a los supuestos de disolución y liquidación de la empresa y la quiebra prevista en la Ley General de Sociedades, así como los derivados del procedimiento de insolvencia, debidamente acreditados y contemplados en la ley de la materia.

Ahora bien, estos supuestos de cierre eran similares a los establecidos en el Decreto Supremo Nº 020-2001-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador (Artículo 55).

En un mismo sentido, la mencionada Directiva Nacional menciona que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 inciso b) del Decreto Ley Nº 26135, el inspector comisionado deberá elaborar el "Acta Inspectiva" debiendo considerar como información para el cálculo de liquidación por Compensación por Tiempo de Servicios de los trabajadores afectados, las boletas de pago o manifestación de cada uno de los trabajadores respecto de las remuneraciones percibidas y el tiempo de servicios prestados hacia el empleador, a fin de establecer el total referencial de los adeudos que pudiese existir por concepto Compensación por Tiempo de Servicios (CTS); asimismo, deberá en la medida de lo posible recabar la manifestación del empleador o su representante o su representante acerca del adeudo de dicho beneficio social.

Por otro lado, según el numeral 25.13. del artículo 25 del Reglamento de la Ley General Inspección del Trabajo, el cierre del centro de labores es considerado una infracción muy grave; lo cual es ratificado por la Directiva Nacional que así lo dispone en su numeral VI (marco sustantivo).

III.2. Propuesta de reforma de la verificación del cierre de centro de labores. Inclusión de indicios de fraude en las transformaciones empresariales

Si bien la verificación de cierre de centro de labores es una opción para el trabajador ante el incumplimiento de obligaciones laborales del empleador, creemos que ante el supuesto analizado en el presente artículo[4] podría constituir una herramienta que le sea más útil al trabajador en este tipo de escenarios. En tal sentido, cuando se genere una inspección por "verificación de cierre de centro de labores" y se adviertan ciertos indicios fraudulentos de transformación empresarial (como por ejemplo que la empresa B tenga los mismos trabajadores que la empresa A -verificación de la planilla electrónica-,

[4] Luego de emitida una orden de inspección dirigida a que se fiscalice a una empresa "A", se acude a realizar la visita inspectiva al domicilio de dicha empresa, pero una vez en dicho domicilio, no se brinda ninguna razón de dicha empresa puesto que en ese mismo lugar ahora existe formalmente otra empresa "B", aunque los trabajadores, el personal de dirección y los bienes sean los mismos de la empresa "A".

el personal de dirección y los bienes de la empresa B sean los mismos de la empresa A -búsqueda registral-), la inspección laboral podría dejar constancia de dicha vinculación económica[5].

De hecho, actualmente si la orden de inspección se genera para la empresa A, y el inspector se encuentra con la empresa B, en amparo del numeral 11.1 y 11.2 del artículo 11[6] del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, es posible realizar una visita inspectiva para la empresa B.

Sin perjuicio de ello, necesitamos una modificación normativa a fin de que el inspector del trabajo, verifique esos supuestos y realice una investigación sobre la empresa B, a fin de que esa información sea trasladada luego con el "Acta Inspectiva" al proceso judicial, que detallaremos en la siguiente parte de esta investigación.

Por otro lado, consideramos que es necesario realizar una actualización de la mencionada Directiva Nacional, porque no queda muy claro en la misma ni en la Ley General de Inspección del Trabajo y su Reglamento si será necesario la emisión de una nueva orden para emitir una acta de infracción por cierre no autorizado del centro de trabajo, porque actualmente el plazo otorgado de 6 días para culminar con esta orden de inspección(es decir realizar una visita inspectiva, emitir la medida de requerimiento y otorgarle el plazo para que cumpla la medida de requerimiento) es demasiado corto; ahora bien, debemos tener en cuenta que definitivamente al no existir un centro de trabajo, se complicaría realizar las actuaciones inspectivas y que esa acta de infracción tenga un efecto práctico real en el procedimiento sancionador[7].

---

[5] Debemos recordar que estos criterios se encuentran dispuestos en el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos aprobado mediante Resolución SMV Nº 019-2015-SMV-01 (Por parentesco, entre personas naturales, una entidad y las personas o entes jurídicos que tengan participación representativa en esta, las entidades que hayan intercambiado dos (02) o más de sus directores, gerentes y/o principales funcionarios, durante los últimos doce (12) meses, entre otros supuestos.

[6] "(…) De advertirse que en la orden de inspección existe error en la identificación del sujeto inspeccionado, en el domicilio del lugar o centro de trabajo u otro dato y/o error material, o fuese necesario realizar actuaciones inspectivas en otros lugares o centros de trabajo del mismo empleador o sujeto inspeccionado, los Inspectores deberán emitir el informe al directivo que expidió la orden, sin perjuicio de lo cual realizarán las actuaciones inspectivas necesarias para cumplir con la finalidad de la inspección".
11.2 Las órdenes genéricas de inspección y las actuaciones inspectivas que se lleven a cabo en cumplimiento de las mismas, se registrarán a la finalización de dichas actuaciones una vez identificados los sujetos inspeccionados. De igual forma se procederá para el registro de actuaciones inspectivas a iniciativa de los inspectores, cuando afecten a otros sujetos inspeccionados que no estuvieren identificados en la orden de inspección con la que guarden relación".

[7] De otro lado, parece extraño que con la emisión de una orden de inspección por cierre de centro de trabajo y la verificación de la misma genere una infracción, al ser una verificación de hecho y ante la verificación de despido arbitrario, no se encuentre dispuesto una infracción, en todo caso seria necesario hacer una precisión para la distinción.

IV. EL PROCESO LABORAL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES FRENTE AL FRAUDE EN LA TRANSFORMACIÓN EMPRESARIAL

IV.1. El escenario actual y la medida cautelar especial de embargo

Como hemos resaltado en lo que va de esta investigación, las transformaciones empresariales fraudulentas pueden tener como finalidad, en muchos casos, perjudicar los derechos laborales de los trabajadores de la empresa que se transforma. Así, por ejemplo, una empresa puede, de manera intempestiva, paralizar o cerrar sus operaciones y, a la vez, transferir su patrimonio a otra empresa que, formalmente, resulta tener otra personería jurídica pero que, materialmente, se encuentra vinculada a la empresa que se ha extinguido.

Frente a esta situación, los trabajadores podrían verse afectados en el cobro de sus adeudos laborales, ya que el proceso laboral, que sería el mecanismo idóneo para obtener el pago de dichos adeudos, puede conllevar una demora en su duración y, con ello, existe la posibilidad de que resulte inútil pues, al momento de proceder a la ejecución de una sentencia favorable, es probable que no exista patrimonio alguno para cobrar los adeudos.

Creemos, sin embargo, que existe un mecanismo procesal contemplado en nuestra normativa vigente que podrían brindar una herramienta al trabajador para afrontar la situación antes descrita; y consiste en una medida cautelar fuera de proceso en la que se flexibilizaría la exigencia de sus presupuestos.

Dicha medida cautelar se encuentra contemplada en el Decreto Ley N° 26135, “Normas relativas a los cierres de los centros de trabajo sin autorización expresa de la Autoridad Administrativa”, norma publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de diciembre de 1992 y que sigue vigente hasta la fecha (pues no existe norma alguna que la haya derogado –derogación expresa-ni tampoco se ha derogado tácitamente).

En esta norma legal, se ha estipulado una medida cautelar especial, que libera al trabajador de cumplir con acreditar los presupuestos para su procedencia. Así, en el artículo 2° de este Decreto Ley, se establece lo siguiente:

> *“Artículo 3.- En el caso señalado en el artículo 2, el procedimiento a seguirse será el siguiente:*
>
> *a) Los trabajadores afectados con la medida podrán solicitar a la Autoridad Administrativa de Trabajo, se verifique la situación de cierre del centro laboral y la falta de pago o depósito de su Compensación por Tiempo de Servicios, de conformidad con lo prescrito en el Decreto Legislativo Nº 650.*
>
> *b) En el acta inspectiva se consignará el monto aproximado a que asciende la obligación del empleador por concepto de*

Compensación por Tiempo de Servicios, sin perjuicio de que posteriormente se gradúen los créditos individuales de cada uno de los trabajadores.

c) El acta inspectiva tiene la calidad de instrumento público.

d) Con el instrumento público en referencia, los trabajadores podrán recurrir al Juez de Trabajo solicitando el embargo de los bienes del empleador que garanticen suficientemente la obligación de pago de la Compensación por Tiempo de Servicios.

e) Recibida la demanda con el requisito a que se refiere el literal anterior, la Autoridad Judicial procederá, por su solo mérito, a dictar la medida cautelar en el término máximo de tres (03) días hábiles, bajo responsabilidad.

f) De tratarse de embargo sobre bienes inmuebles del empleador, la inscripción en los Registros Públicos será de oficio y en el día de recibida la notificación pertinente, sin costo alguno para los demandantes.

g) De producirse el remate del bien tienen prioridad, exclusiva y excluyente sobre cualquier otro, los créditos de los trabajadores, incluidos los intereses legales".

Al amparo de esta previsión normativa, cuando un empleador cierra intempestivamente su negocio buscando liberarse del pago de sus obligaciones laborales a través de una transformación empresarial, en la que transferirá su patrimonio a una nueva persona jurídica, el trabajador afectado podrá acudir inmediatamente a la inspección laboral con la finalidad de recabar un acta de inspección que deje constancia del cierre del centro de trabajo. Dicha acta, además, recogerá el hecho de que el empleador le adeuda al trabajador su compensación por tiempo de servicios.

Con el acta de inspección, el trabajador podrá acudir al Juez Laboral, a fin de solicitar el embargo de los bienes del empleador que garanticen el pago de la compensación por tiempo de servicios adeudada. Este embargo, a pesar de que no lo precise la norma, se deberá tramitar este pedido como una medida cautelar; por lo que su tramitación y permanencia dependerá de un proceso laboral principal, pues no debemos olvidar que toda medida cautelar tiene como característica ser "instrumental", es decir, deberá iniciarse un proceso laboral principal que sustente dicha medida cautelar.

En tal sentido, el trabajador puede plantar directamente la medida cautelar fuera de proceso de embargo sobre los bienes del empleador y, una vez que la misma sea ejecutada, deberá plantearse la demanda de pago de beneficios laborales, conforme lo establece el artículo 636 del Código Procesal Civil:

"Artículo 636.- Medida cautelar fuera de proceso

Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto".

Por lo tanto, esta medida cautelar reviste suma importancia para el trabajador que se ha visto afectado con una medida fraudulenta del empleador al momento de llevar a cabo una transformación empresarial lesiva de sus derechos laborales; pues lo libera de la carga de tener que probar la existencia de los presupuestos de toda medida cautelar (verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela) y, además, si la medida cautelar se concede en la modalidad de embargo en bienes inmueble del empleador, se reconoce al momento del remate de dichos bienes, una prioridad del crédito laboral sobre otros créditos que puedan existir.

De esta manera, estamos frente a una medida cautelar *sui generis,* que flexibiliza la exigencia de sus presupuestos para el trabajador que la solicita y que no resulta lesiva de los derechos fundamentales del empleador (libertad de empresa y derecho a la propiedad) debido a que existe una causa justifica su existencia: el abuso empresarial que se pone de manifiesto una vez que el empleador cierra, de manera intempestiva, el negocio con la finalidad de burlar derechos laborales a través de medidas fraudulentas de transformación empresarial.

IV.2. La medida cautelar frente al cierre del centro de trabajo: la necesidad de su reconocimiento en la norma procesal actual

No obstante la importancia y utilidad de esta medida cautelar especial de embargo de los bienes del empleador frente a un cierre intempestivo del centro de trabajo, consideramos que no existe un conocimiento actual de esta figura, pues muy escasas veces es utilizada y esto se debe, probablemente, a que se encuentra contenida en un Decreto Ley del año 1992 cuya vigencia no ha sido actualizada y, más aún, no existe una remisión expresa de la norma procesal actual que facilite su uso por parte del operador jurídico.

Por ello, y aprovechando la coyuntura actual en la que se discute una posible reforma de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, consideramos que ayudaría en la revitalización de esta medida cautelar que sea recogida de manera expresa en el apartado pertinente que regula las medidas cautelares (y que solo recoge como medidas cautelares específicas la reposición y la asignación provisional) o, en todo caso, se efectúe una remisión expresa en sus disposiciones finales.

Si bien frente a esta postura, se podría indicar que no es necesaria la incorporación expresa de la medida cautelar antes comentada en la norma procesal laboral actual, somos de la idea de que sería importante que, por una cuestión de sistematización de las previsiones que regulan el proceso laboral, se recoja la medida cautelar e incluso se actualice su contenido realizando ciertas modificaciones, entre las que destacamos las dos siguientes:

a) El embargo no debería limitarse solamente a la compensación por tiempo de servicios, sino que podría comprender los otros beneficios adeudados al trabajador durante todo su record laboral o al momento de su cese. Limitar el embargo al

adeudo correspondiente a la CTS podría, a la larga, afectar e impedir al trabajador cobrar lo que le corresponde por los demás beneficios no pagados durante su relación laboral, lo cual implicaría una grave afectación de su patrimonio.

b) Debería permitirse el embargo sobre los bienes de otras empresas vinculadas al empleador que ha cerrado intempestivamente su negocio y cuya vinculación ha quedado acreditada en el "acta inspectiva" de la inspección laboral. Si bien esto podría ser cuestionado en su constitucionalidad por una posible afectación de los derechos fundamentales de las otras empresas que se verían afectadas por la medida cautelar, dicha afectación se vería superada siempre que el acta inspectiva recoja de manera clara y contundente indicios de fraude en la transformación empresarial y, además, al ser una medida cautelar y por ende ser provisional, dichas empresas podrán ejercer su derecho de defensa en el proceso principal en el que serían codemandadas.

Pensamos que con una medida cautelar con estas precisiones y una regulación actualizada, se limitaría la adopción de los empleadores de medidas fraudulentas al momento de llevar a cabo transformaciones empresariales; pues, una vez se adopten y materialicen con hechos evidentes como el cierre de un negocio, el trabajador contaría con una herramienta que podría asegurar el cobro de sus adeudos laborales.

V. CONCLUSIONES

La verificación por parte de la inspección laboral de cierre de centro de trabajo habilita una atención más célere en el caso de que el empleador decida de oficio cerrar el centro de trabajo, y como consecuencia de ello no pagar adeudos laborales, lo que se encuentra regulado en el Decreto Ley Nº 26135.

De lo expuesto anteriormente, observamos que la verificación de cierre de centro de trabajo actualmente se encuentra desarrollada en una normativa de menor rango legal. Desde nuestra posición, debiera, al ser un instrumento importante para aquellos trabajadores desprotegidos ante acciones fraudulentas del empleador como la que nos encontramos analizando, regularse en la Ley General de Inspección del Trabajo o en su Reglamento, como en años anteriores había ocurrido.

Asimismo, consideramos necesario que la inspección laboral puede, al momento de realizar una inspección de cierre de centro laboral, dejar constancia en el acta correspondiente de la existencia de fraude en la transformación empresarial; a partir del análisis de ciertos indicios de vinculación económica, por ejemplo la empresa "B" en algunos casos tiene el mismo gerente general que la empresa "A" (que es la que ha cerrado su centro laboral), los mismos accionistas, y el mismo giro del negocio; lo cual debería efectuar con la finalidad de proteger el derecho de los trabajadores. Especialmente, esta medida buscaría proteger a los trabajadores de micro y pequeñas empresas, ya que es en relación a éstas que se presentan estos casos de fraude empresarial.

La conjunción de un procedimiento inspectivo especial y proceso judicial más célere contribuiría a que estos trabajadores, puedan cobrar el pago de sus derechos laborales pese a que las empresas opten por cerrar sus centros laborales y optar por transformaciones empresariales fraudulentas.

De otro lado, la propuesta que se plantea en el presente trabajo se aboca más a trabajadores formales, es decir que poseen documentos (boletas de pago, certificados de trabajo, etc.) para acreditar una relación laboral; sin embargo debería plantearse una alternativa mas segura y eficaz para atender a los trabajadores informales, ya que, actualmente, primero tendrían que probar primero la existencia de una relación laboral y después recién solicitar una orden por verificación de cierre de centro de trabajo, si ello ocurriera sería ineficaz el procedimiento, porque si apertura una orden para acreditar una relación laboral, definitivamente lo mas probable es que la empresa con el centro de trabajo cerrada nunca se le pueda notificar[8] y nunca se presente ante el requerimiento de comparecencia.

Finalmente, este tipo de empresas saben que quedan impunes ante la inspección laboral y que sólo la salida del proceso laboral ordinario no será tomada por los trabajadores, pero creemos que es hora de que tanto la inspección laboral, como el poder judicial actúen de manera eficaz a fin de no avalar este tipo de fraudes.

[8] En relación a la notificación, durante la actuación inspectiva, actualmente esta aun se encuentra supeditada a la firma de una persona, cuando podría ser similar a la notificación vía buzón electrónico de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT (artículo 86-A del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 133-2013-Ef), y así independientemente de que la empresa se encuentre cerrada o no, la notificación a través de ese mecanismo sería válida. Ahora que nos encontramos en la época de la "interoperabilidad", según lo dispuesto en Artículo 2 (Interoperabilidad entre entidades de la Administración Pública) del Decreto Legislativo Nº 1246, Decreto Legislativo que aprueba diversas medidas de simplificación administrativa, la SUNAT podría permitir la utilización de su plataforma para notificar, cuando sea necesario mediante el buzón electrónico.

ASPECTOS LABORALES DE LAS REDES EMPRESARIALES Y LA POSICION REAL EN LA IDENTIFICACION DEL EMPLEADOR EN LAS TRANSFORMACIONES EMPRESARIALES COMO RETO ANTE EL FUTURO LABORAL INMEDIATO

JORGE LUIS MAYOR SANCHEZ[1]

I. INTRODUCCIÓN

Las Redes empresariales en la actualidad están sufriendo una desmedida serie de transformaciones y mutaciones no solo económicas sino también al mismo tiempo en un escenario de índole laboral, debido a los grandes avances tecnológicos, pero también al mismo tiempo al actual cambio que experimenta el enfoque de las actuales Tecnologías de la Información y de la Comunicación más conocidas como las TICs, que las lleva cada vez más cerca de ser las verdaderas impulsoras de los objetivos al entorno de los negocios y al interior de las redes empresariales que se articulan hoy en día a lo largo de todo el desarrollo del presente siglo XXI en donde a veces es un poco difícil prever con exactitud las reales actuaciones que asumen los empleadores en el seno de sus comportamientos empresariales y al interior los mismos cuando se trata de definir cuál es el rol que estos brindan u ocupan como empleadores en el marco del sistema de relaciones laborales al interior de las empresas en los más diversos países en todo el orbe.

Más allá de la flexibilidad y el dinamismo que hoy requieren las redes en su implementación y administración, la proliferación del uso de una serie de dispositivos personales en el mundo de las redes empresariales han exigido a la fecha una apertura de las estas redes empresariales hacia este novísimo fenómeno productivo, empresarial y comercial, así como un crecimiento en el alcance de los conectores, las fibras y de todas

[1] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente del Área de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Las Américas.

las redes inalámbricas, y la reestructuración de las políticas de organización administrativa, productiva, de acceso, permanencia, desarrollo y seguridad empresarial en todo el mundo.

La actual fragilidad laboral de los sistemas productivos han estado alterando el funcionamiento de los modernos mercados empresariales durante los últimos años los cuales dan origen a una serie de situaciones que han transformado progresivamente todos los sistemas productivos de manera absoluta y que en su momento han cambiado el actual escenario laboral que conocemos hasta hoy en día, lo que ha determinado que los gobiernos del mundo se hayan visto en la necesidad de implementar varias medidas de carácter laboral acorde con la primacía de la realidad sobre todo con la finalidad de encarar el funcionamiento moderno, continuo y versátil del mercado laboral evitando con ello que el normal desarrollo de la actividad empresarial lleve consigo situaciones que puedan devenir en que los tejidos económicos-laborales de las denominadas "Redes Empresariales" las cuales pueden caer en graves excesos durante su progresivo ejercicio empresarial ocasionando con ello la aparición o la gesta de un sin número de fraudes y elusiones a las actuales leyes laborales vigentes en una serie de países tales como el Perú en pro de identificar la situación real y la posición del empleador al interior de dichas redes de empresas eslabonadas, concatenadas y al mismo tiempo en una relación con otras redes negociales y encadenadas con estas últimas en procura de lograr el denominado éxito empresarial en el plano laboral.

II. LAS REDES EMPRESARIALES Y LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE TRABAJO

En la presente ponencia, investigación y análisis jurídico daremos un enfoque económico de carácter laboral y al mismo tiempo de corte liberal acerca del tratamiento que se le da en la actualidad a las "Redes Empresariales" para enfocar los diferentes aspectos que con el correr de los años y las últimas décadas han dado y hecho hincapié a que sea la casuística la que resuelva los diferentes problemas suscitados por el uso y empleo de esta nueva forma de organización empresarial que conlleva en nuestros días acerca de la situación interna que viven todas y cada una de "las redes empresariales" y su entorno en la adecuada posición en la búsqueda e identificación de la real y verdadera posición del empleador al interior de lo que se denomina el contrato de trabajo en las transformaciones empresariales.

El funcionamiento integrado de dos o más empresas en torno a un proyecto compartido es capaz de generar, antes que nada, según se constata entonces, una serie de necesidades comunes entre las partes, cuya atención puede requerir la puesta en práctica de un abanico de fórmulas singulares de desarrollo de la prestación laboral y articulación de los habituales poderes empresariales, las cuales terminan por afectar al reparto tradicional de roles al interior de las empresas entre las partes contratantes del o de un contrato de trabajo y en particular a la posición que se ocupa dentro del mismo escenario el empleador o empresario y también cada uno de los trabajadores. Pero no

solo, ni principalmente la fragmentación de los procesos productivos está en juego en una serie de prestaciones parciales desarrolladas por sujetos formalmente independientes en las redes de empresas; pero conectados desde el punto de vista económico, con dependencia laboral y funcional, los cuales despliegan también una influencia indiscutible, aunque no univoca, tanto sobre sus decisiones en materia de empleo, como sobre el marco de derechos y obligaciones de carácter individual y colectivo de cada uno de los trabajadores y de cada una de las trabajadoras a ellos debidamente aunados y por consiguiente asociados dentro de esta variopinta relación empresarial.

La promoción de la ocupación y el empleo, el desarrollo de la profesionalidad, de los trabajadores y de las trabajadoras en el contexto laboral, el enriquecimiento de los contenidos progresivos de la continua prestación laboral e incluso la mejora de los salarios y las remuneraciones percibidas y perceptibles, de un lado, o el incremento de los riesgos inminentes e inherentes al desarrollo de la continua, respectiva y reciproca prestación laboral, la búsqueda de una serie de ventajas competitivas y comparativas basadas en la extensión de la precariedad y los continuos bajos salarios recibidos y percibidos, con elusión en su caso de los marcos nacionales de la ha veces rígida regulación laboral, y la minoración del impacto armonizador, reequilibrador de los instrumentos de tutela y protección individual, grupal y colectiva, del otro, se cuentan aquí, dependiendo de las situaciones, entre las consecuencias del recurso a estas fórmulas de estructuración o reestructuración continuos y cíclicos de los procesos productivos. No es de extrañar por ello que estas sean objeto de las más disímiles valoraciones juseconómicas en un mercado de trabajo cada vez más cambiante y nada estático; pero sobre todo de enormes valoraciones empresariales de carácter económico-laboral en donde los agentes participantes juegan un rol muy importante y donde la figura del empleador es inherente y trascendental al sistema de relaciones de trabajo que hoy imperan en todo el planeta.

Desde las empresas más favorables, que miran exclusivamente sus potenciales beneficios empresariales, hasta las decididamente negativas que menoscaban o restringen derechos laborales, que prestan atención sobre todo a las consecuencias adversas de su empleo. Lo cierto es, con todo, que el uso lógico, lícito y legítimo, por tanto, de las redes empresariales es capaz con el fin de desplegar efectos tanto de uno como de otro tipo. O incluso de ambos a la vez de manera simultánea. Siendo, por tanto, el desafío de hoy en el derecho del trabajo y del ordenamiento laboral el de llevar a las redes empresariales y de derecho del trabajo hacia un escenario de tratamiento de las relaciones de trabajo en el marco del sistema normativo para que estas se desarrollen en su seno y que sin poner trabas injustificadas a su interior y ulterior funcionamiento contribuyan a potenciar a los primeros, a la vez que desalienta la consecución de los segundos por no decir los últimos. Que esta última era y continúa siendo a la vez una tarea inaplazable lo cual demuestra el hecho de que en los últimos años hayan empezado a dibujarse dentro de nuestra realidad normativa e institucional los contornos de una respuesta jurídica confusa, mediata, inmediata y en paralelo plural frente a las repercusiones laborales de estos fenómenos de continua, progresiva y permanente colaboración en pro de la búsqueda del real empleador en lo que se ha dado por

denominar en el nuevo lenguaje laboral como se les denomina actualmente a las redes empresariales. Esta respuesta, inusitada por lo que a su amplitud y pluralidad de manifestaciones se refiere respecto de lo ocurrido en otros contextos y ordenamientos jurídicos en el plano laboral y económico en los que en sí tiene su origen y al mismo tiempo mayor desarrollo y en el mismo ritmo económico-laboral de mayor evolución empresarial.

III. EL EJERCICIO DE LOS PODERES EMPRESARIALES E IDENTIFICACIÓN REAL DEL VERDADERO EMPLEADOR

El concepto de red empresarial se refiere al uso de los medios de comunicación social por parte de una organización empresarial, tanto internamente como externamente, para conectar personas que comparten intereses o actividades similares, parecidas, idénticas, simultaneas e iguales entre sí y que comparten entre si el mercado de trabajo.

Internamente, las herramientas sociales pueden ayudar también en la actualidad a los trabajadores y a las trabajadoras para acceder a los conocimientos y a los recursos que necesitan para trabajar juntos de manera efectiva y resolver problemas en el mundo de los negocios. Por ejemplo; el actual término conocido como Enterprise Social Networking incluye el uso de programas de software para intranet in house, así como plataformas de otros fabricantes de medios sociales como Facebook, Instagram, YouTube,, Twitter o Google para mejorar la comunicación y la colaboración entre los trabajadores y las trabajadoras sean estos en calidad de obreros u obreras o como empleados o empleadas e incluso como el uso del actual eufemismo laboral para denominarlos como colaboradores o colaboradoras.

Externamente, las plataformas públicas de medios sociales como Facebook, Instagram, YouTube, Twitter y Google pueden ayudar progresivamente y hasta agresivamente a una organización a mantenerse muy cerca de sus clientes y en sus largos procesos de fidelización y ampliación de la cartera de captación de clientes y llevar a cabo la investigación para mejorar los procesos de desarrollo de sus negocios y de cada una de sus respectivas operaciones comerciales haciendo de ellas una adecuada ordenación del adecuado tiempo de trabajo.

En la era de Enterprise del 4.0, de los millennials y de los nativos digitales y con el surgimiento de la denominada generación Facebook en la fuerza laboral, las empresas cada vez alientan más a sus empleados y a sus empleadas para que utilicen sus conocimientos en el mundo de las redes sociales y empresariales para fines eminentemente y completamente comerciales. Para proteger la marca corporativa, el know how y el core business; por lo que; muchas empresas grandes han venido implementando y utilizando políticas de medios sociales para asegurar que los empleados y empleadas se comuniquen adecuadamente en todos los canales de software social permitidos y habidos o por haber o porque no de un software de trabajo de carácter económico-laboral con gran habilidad, perfección y al mismo tiempo destreza; pero a veces con dificultad de desenterrar el misterio de quien es realmente el verdadero y real empleador que se encuentra vinculados con los trabajadores y las trabajadoras que se

encuentran a él completamente subordinados y en calidad de dependencia o cuasi dependencia laboral.

IV. EL PODER DEL EMPLEADOR Y EL PODER DE LAS REDES EMPRESARIALES

El funcionamiento integrado en la actualidad de dos o más empresas en torno a un proyecto común y compartido es capaz de generar, antes que nada, según se constata entonces, una serie de necesidades comunes, cuya atención puede requerir la puesta en práctica de una serie de fórmulas singulares de desarrollo de la prestación laboral al interior de las mismas empresas y la articulación constante de los enigmáticos poderes empresariales, las cuales terminan por afectar al actual reparto tradicional de roles entre las partes que conviven al interior de la estructura del contrato de trabajo y en particular a la posición que dentro del mismo ocupa el real empleador o empresario. Pero no solo, ni principalmente. La fragmentación de los novísimos procesos productivos en prestaciones parciales desarrolladas por sujetos formalmente independientes pero conectados desde el punto de vista económico, laboral y funcional, despliega también una influencia indiscutible, aunque no univoca, tanto sobre sus decisiones en materia de empleo, como sobre el marco de derechos y obligaciones de carácter individual y colectivo de los trabajadores a ellos asociados. La promoción de la ocupación, el desarrollo de la profesionalidad de los trabajadores y de las trabajadoras, el enriquecimiento de los contenidos de la continua prestación laboral e incluso la mejora de las remuneraciones y prestaciones sociales, de un lado, o por el otro el incremento desmedido de los riesgos inherentes al desarrollo de la prestación laboral evitando cualquier siniestralidad al interior del centro de trabajo, la búsqueda de ventajas competitivas basadas en la extensión de la precariedad y las bajas remuneraciones, así como con elusión en su caso de los marcos nacionales de regulación laborativa, y la minoración progresiva del impacto reequilibrador de los instrumentos de tutela tanto individual como colectiva, del otro, se cuentan aquí, dependiendo de las situaciones, entre las consecuencias del recurso a estas fórmulas de estructuración de los procesos productivos en pro de la búsqueda de quien en verdad es el real empleador.

Las contrariedades y las desavenencias por analizar el interior y el entorno del mundo de los negocios y de las empresas nos conduce al duro camino a los laboralistas en nuestros días, dado; el enorme poder que configuran las redes empresariales en los mercados económicos y como se conjugan y se configuran al mismo tiempo como una suerte de potente herramienta para hacer crecer y desarrollar el interior y en el exterior del mercado de trabajo en el difícil y complicado mundo de las redes empresariales en las cuales la noción abierta de quien es el empleador o los empleadores se pierden en los pasillos normativos que rodean el mercado de trabajo porque al ascender progresivamente desde la base de la prestación de la fuerza de trabajo se confunde o se pierde la dirección que ayuda a determinar quién es realmente el real empleador dado a veces su difícil, clara y prístina identificación; dado los agentes económicos del mercado que participan e intervienen en él. La comunicación y el compromiso de trabajo son esenciales para fortalecerlas, acrecentarlas y al mismo tiempo llegar a dinamizarlas por completo si no solo se desciende a meras divagaciones empresariales que no ayudan a

explicar en nada los reales problemas del mercado de trabajo y que últimamente este enfrenta durante el avance del presente desarrollo de la primera mitad del siglo XXI.

Las redes empresariales son como un lazo de trabajo entre diversas y diferentes empresas que buscan y tienen por finalidad la de ganar cada vez más un mayor número progresivo de clientes y crecer al mismo tiempo que optan por trabajar de manera conjunta. A diferencia de la asociatividad, las redes empresariales son en la actualidad usadas como un foco de contactos importantes en tiempo real y afines para obtener beneficios de acuerdo a los y con los intereses de cada una de las empresas y el desarrollo de su talento humano. De ahí que; se habla acerca de la utilidad de las redes empresariales para todo tipo de empresas, en especial, para las pequeñas y medianas empresas que apuntan a ser cada vez más grandes. Dado que, existen muchos tipos de redes empresariales en la actualidad, siendo en estos momentos una de ellas las redes sociales que son las más usadas por las empresas en pro de un virtual crecimiento para vender y ofrecer sus servicios y sus productos sociales que son las más usadas por las empresas en un continuo y voraz crecimiento para vender sus productos, encontrar nuevos clientes y nuevas empresas con las que se puede trabajar a lo largo y ancho de todo el país; pero no solo a nivel interno si no a nivel externo en los mercados globales de hoy en día. Además, el consolidado éxito de una red empresarial depende de la performance de cada unidad de la red empresarial de manera diaria; dado que; los mercados en sí no son nada estáticos si no permanentemente dinámicos, ya que el cliente medirá a todas las empresas de la red en base al servicio o producto brindado únicamente por una sola, es por ello, que el compromiso y la comunicación entre empresas de la misma red es clave fundamental para generar sólidas, buenas y grandes referencias que se pueden tener y se puedan generar a lo largo de todo el mercado interno y externo de un determinado país o territorio sin importar las barreras fronterizas de ningún tipo, forma o naturaleza a las que se enfrentan día a día en pro de la conquista y repartición del mercado y en procura de satisfacer a sus clientes natos, fidelizados y a los nuevos que se pueden incorporar progresivamente en el competitivo mercado de trabajo peruano.

V. LOS RETOS Y LAS VENTAJAS DE LAS REDES EMPRESARIALES EN UNA ECONOMÍA GLOBALIZADA Y SU IMPRONTA EN EL MARCADO DE TRABAJO

Muchos hombres y mujeres de negocios modernos comprenden el valor de las redes empresariales y de negocios en el constante mundo global de nuestros días, pero pocos se ven actualmente capaces de impulsarlas de manera activa y consecutiva en el mercado de trabajo peruano.

Los empresarios y las empresarias gastan importantes cantidades y sumas de dinero en publicidad y estrategias de comercialización para hablar de sus respectivas empresas, de los productos que ofertan y al mismo tiempo de los servicios que venden y ofrecen. Sin embargo, necesitan también la posibilidad de comunicarse con todos los colegas y porque no decirlo también con sus respectivos competidores que se reúnen en eventos, pues cada evento empresarial ofrece una nueva oportunidad para identificar

nuevos contactos adicionales y al mismo tiempo un abanico de posibilidades de negocios a corto, mediano y largo plazo.

La participación en una red empresarial es una parte importante de la construcción de un negocio hoy en día. Entrar en contacto con otros hombres y otras mujeres de negocios y asistir a eventos conjuntos que pueden ser nichos empresariales motivadores y vital para renovar y mantener el entusiasmo empresarial y obtener algunas ideas frescas sobre lo que significa el camino de la comercialización al interior y en el entorno de las denominadas articulaciones denominadas redes empresariales y su continua red de mercadeo laboral que trae consigo una serie de ventajas y de cambios en los sistemas normativos de las relaciones laborales en todos y cada uno de los diferentes y diversos países y continentes del globo, con la consiguiente duda muchas veces de no saber quién podría ser desde el inicio hacia el final el real, directo, correcto, inmediato y verdadero empleador.

Conviene trabajar con otros pequeños empresarios para recoger algunas sugerencias e ideas que pueden ser utilizadas en el propio negocio, por ejemplo, ¿cómo se puede mejorar la posición del empleador en el interior y al mismo tiempo al exterior del mercado negocial y cómo podría cambiar a mejor lo que se ofrece a cada uno de nuestros clientes? Incluso, la creación de contactos con personas interesadas en lo que yo hago y la posibilidad de fomentar algunas alianzas estratégicas que pueden convertirse en nuevos nichos de negocios al interior del mercado de trabajo.

Los pequeños empresarios se encuentran muchas veces demasiado solos o incluso aislados, por lo que deben pensar más en la cooperación actual y permanente que en la continua y fluida competencia desleal**.** Conviene también mantenerse en estrecho contacto con los “competidores” o permanentes rivales comerciales, sopesando la cooperación frente a la competencia, y tratarlos como compañeros negociales. Utilizar la competencia como una caja de resonancia ante y hacia los problemas y ofrecer asistencia similar cuando la necesiten de manera continua y espontánea. Naturalmente, habrá competidores con los que sea difícil compartir estas ideas y habrá que mantener la distancia. Sin embargo, es bueno intentarlo una y otra vez hasta lograrlo para conseguir y lograr el respectivo objetivo final.

Tener un negocio se trata también de mantener fuertes relaciones públicas, socioeconómicas; pero sobre todo laborales. Es importante conocer a los clientes y a las clientas y saber lo que se puede ofrecer. En sentido contrario, somos los mejores vendedores para nuestras empresas y nadie sabe hacerlo como nosotros mismos. Así que hay que animar al encuentro y la asistencia a los eventos empresariales donde se entretejen las redes de empresas como tejidos interempresariales. Donde quiera que vayamos, nos podemos encontrar con potenciales clientes y clientas y resulta una restricción para el negocio en su momento el dejar o no participar en las actuales redes empresariales o de empresa.

Mucho se puede aprender al asistir a reuniones con personas de una variedad de negocios que pueden proporcionar ideas novedosas, espontaneas, inéditas y frescas para la gestión de las pequeñas y medianas empresas. Ahora es el momento para aprovechar

al máximo las habilidades y potenciarlas en una serie de ventajas comparativas de contextos económicos-laborales, por lo que las redes de negocios y sobre todo las redes empresariales son una gran oportunidad para desarrollar variopintas relaciones de trabajo acorde al marco jurídico del sistema normativo de relaciones laborales reinante, vigente e imperante en los diferentes países del mundo en los que existe desde una libre circulación de personas hasta una libre circulación de mercaderías sin ningún tipo de control aduanero, tributario o barrera normativa alguna de por medio que restrinja su respectivo desarrollo.

VI. LAS REDES EMPRESARIALES Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO DEL SISTEMA NORMATIVO Y LA ESTRUCTURA DE LAS RELACIONES LABORALES

En las últimas décadas se ha observado progresivamente un creciente interés en el mundo del derecho laboral por el estudio de los sistemas productivos en conjunto, más que sobre las empresas como unidades particulares, individuales y productivas, en especial los análisis sobre las redes empresariales, sus tentáculos comerciales y las diferentes configuraciones que estas actualmente conllevan y presentan. Desde esta perspectiva, la presente investigación se ha venido centrando en la noción de lo que significa y de lo que representa una red empresarial y su incidencia en el desarrollo al interior de la empresa, haciendo alusión a lo que se entiende por redes sociales, empresariales, laborales e institucionales de hoy en día. Después se plantean aspectos relativos a la dinámica de las empresas y las redes empresariales como una serie de tentáculos y contactos negociales, donde se sugiere el cambio de perspectiva de la acción empresarial centrada en la empresa y su estructura piramidal de funcionamiento, por el trabajo en redes donde se interactúa además con otros agentes económicos-laborales. Luego se propone una taxonomía de los más diversos tipos de redes empresariales que se presentan en los modernos sistemas productivos, haciendo énfasis en las redes en entornos locales, regionales y nacionales en un Estado o en cualquier país determinado. Finalmente se dan ya algunas conclusiones en las que se resaltara la importancia dinámica de las redes empresariales como uno de los mecanismos adecuados para lograr el desarrollo paulatino de las empresas y la relevancia de la existencia de estas en entornos globales geográficos complejos y debidamente localizados en todo el planeta independientemente de si se tratasen de empresas matrices, filiales o a su vez de sucursales de carácter internacional y transnacional.

La presente investigación se ha venido desarrollando sobre la base de la investigación con relación a la presente ponencia que hemos venimos realizando y analizando con relación a una perspectiva inmediata que tiene como referente la acción empresarial en las redes dentro de los normales sistemas productivos en los que cada vez más cobran mayor importancia la observación y el análisis de los fenómenos asociados con el surgimiento y desarrollo de las empresas en el contexto de las relaciones con agentes externos, los denominados stakeholders[2] que pueden afectar de

[2] De acuerdo con Carroll (1993) los stakeholders son “aquellos grupos o individuos con quien la organización interactúa o tiene algún tipo de interdependencia”. Tales grupos o individuos se

manera positiva o negativamente el comportamiento de la empresa, o ser afectados por las acciones, decisiones o planes de estas últimas; en cualquier caso, se compromete la capacidad competitiva económica y laboral de las empresas en el desarrollo de todas sus fases productivas y económicas con una fuerte incidencia en el desenvolvimiento interno y externo del sistema normativo de relaciones laborales imperante dentro o fuera de nuestro país..

Las relaciones de las empresas con sus competidores directos dentro de un mercado de trabajo, así como las que establecen con sus respectivos proveedores y clientes y las que construyen con otros agentes estatales y no estatales dentro de una localidad, demarcación, circunscripción, región, provincia o distrito pueden contribuir a crear fuentes de constantes y reñidas ventajas competitivas para las empresas día tras día, en especial las pequeñas y medianas empresas, cuyas diversidades y características las hacen cada vez más vulnerables al entorno competitivo actual en un mercado tan oscilante en el cual las empresas se entretejen unas con otras para definir el marco normativo de los sistemas de relaciones laborales de un país[3]. Tales relaciones determinan la configuración de las actuales y conspicuas redes empresariales de distinta naturaleza, forma, especie, tipo y clase como un mecanismo que resulta beneficioso para los integrantes de la red dado el intercambio dinámico entre los integrantes de manera interna, así como de los recursos que estos poseen y que comparten en un contexto de colaboración y competencia que implica información, conocimiento y tecnología, entre otros. Según este enfoque, está presente investigación presenta:

En un primer nivel las ideas básicas que aluden a la noción de redes empresariales en una economía laboral completamente globalizada y a los componentes de las redes empresariales que en sí las integran, específicamente a los conceptos de personas, instituciones, empresas, etc; que apuntan hacia relaciones laborales y productivas que determinan la estructura de las redes empresariales más allá del tamaño de las mismas, y a la importancia de las redes empresariales como mecanismo para la solución de una serie progresiva de problemas que los mismos agentes no pueden resolver de manera individual o colectiva.

En un segundo nivel se describen los aspectos que definen a las redes sociales, y las respectivas redes institucionales y empresariales, donde las primeras centran su atención en las personas que utilizan este mecanismo como medio para la solución de problemas que aquejan a una sociedad (salud, educación, vivienda, servicios, entre otros) y las segundas, donde la estructura de la red a veces resulta en sí una estrategia apropiada para enfrentar fenómenos como: volatilidad de la demanda, segmentación del mercado, reducción del ciclo de vida del producto, incertidumbre estratégica, cambio

---

entienden aquí como proveedores, clientes, competencia, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales. Al respecto, Unido (2001, pág. 12) habla de clúster stakeholders-enterprises and instituciones.

[3] Si bien las empresas grandes también están sujetas a los riesgos de la competencia internacional, en el caso de las Pyme son mayores los obstáculos para un mejor desempeño competitivo dado su tamaño (Unido, 2001) y por lo tanto para ellas, las redes resultan en un mecanismo expedito para lograr economías de escala, mayor poder de negociación, incrementar la capacidad de aprendizaje y de innovación, entre otros aspectos es completamente muy difícil.

tecnológico acelerado, ambientes altamente competitivos, exigentes normas de calidad y regulaciones propias del mercado, entre otros, que implican un considerable incremento en la actualidad de la presión competitiva para las empresas en cualquier lugar del mundo que permita entender el impacto directo que tiene sobre la respectiva fuerza de trabajo.

En un tercer nivel se muestra cómo el enfoque centrado en la empresa y sus atributos evolucionan hacia el análisis cuyo enfoque trasciende la unidad productiva y se centra en los sistemas productivos como un todo, atendiendo especialmente al papel de las redes empresariales y su incidencia en la forma de operar de las empresas; se hace énfasis en las implicaciones favorables que las redes tienen para las empresas y como estas surgen en entornos donde se presentan aglomeraciones de actividades empresariales y comerciales.

En un cuarto nivel, se propone una taxonomía interna de las redes empresariales, indicando que las redes pueden presentarse a nivel global y local, donde la territorialidad propuesta en las segundas como de especial relevancia en esta investigación y ponencia, por lo que se describen distintos tipos de redes empresariales que se dan en un entorno localizado ya sea en el ámbito transnacional, internacional, nacional, regional o local. Finalmente se presentarán en su momento algunas conclusiones derivadas de la presente investigación debidamente acotadas.

VII. EL DESARROLLO EVOLUTIVO DE LAS REDES EMPRESARIALES Y SU POSICIÓN REAL EN LA IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEADOR ANTE EL FUTURO LABORAL INMEDIATO

Las condiciones actuales de la economía y el comercio mundial ejercen una fuerte presión asfixiante para la competitividad de las empresas. Este contexto ha dado origen a la renovada importancia de la actuación de estas en relación con otras empresas y sus respectivos agentes para promover la innovación, el desarrollo tecnológico, la estrategia empresarial y, por esta vía, contribuir al desarrollo económico, laboral y social. La competitividad de la empresa está ligada cada vez más de manera continua a las relaciones que tiene que ver con otras empresas y organizaciones del entorno inmediato lo que hace muchas veces muy complejo el conocer o el saber quién es el real, verdadero, único y absoluto empleador. El conjunto de las relaciones y sus actores son el fundamento de las redes empresariales. Esta lógica de pensamiento permite establecer que las distintas formas de asociatividad empresarial sean estos clústeres o cadenas de producción masiva, entre otros y que se presentan en las localidades y regiones constituyen en esencia una cadena concatenada de redes empresariales una tras detrás de otra.

El territorio donde las empresas se aglomeran, se asientan o sé concibe como un ambiente favorable para el surgimiento y sostenimiento de redes de diferente naturaleza: sociales, de empresas, de conocimiento, etc. y de estas se presume que son un mecanismo de orden fundamental para entender el comportamiento de las empresas a lo largo de los últimos años. De la investigación realizada se ha podido establecer que las redes empresariales surgen como resultado y por la interacción que se da entre las

unidades productivas que pueden encontrarse dentro de un territorio hacia las redes locales, regionales o nacionales o trascender los límites de este hacia redes globales internacionales e incluso trasnacionales.

Por lo tanto; a lo largo de esta investigación o ponencia se ha hecho énfasis en análisis y en el estudio de las redes empresariales locales y regionales dada la reconocida influencia que tienen en el positivo desempeño de las unidades productivas, de las redes como un todo y del territorio en el cual se albergan. Las redes empresariales localizadas se pueden clasificar según el objetivo que se las convoque, por el papel que desempeñan los integrantes dentro de la red, y por el papel que cumplen dentro del sistema de valor. En esta última clasificación se distinguen dos tipos de redes: 1. Las redes horizontales y; 2. Las redes verticales caracterizadas por un pequeño número de empresas, los denominados clústeres que están cada vez más de moda y las zonas o parques industriales que implican en general un alto nivel de aglomeración empresarial con vínculos que relacionan a las empresas entre sí y a estas con otros agentes gubernamentales y no gubernamentales en función de la competitividad empresarial local y regional; y en los que se combinan relaciones de tipo vertical y horizontal coordinadas y simultáneamente unas con otras como si fuesen una sola.

Cabe reiterar la importancia de entender que el análisis hoy se centra más en los sistemas productivos completos y no en las empresas individuales, y son justamente las redes empresariales como unidades de análisis las que reciben mayor atención en las investigaciones jurídicas en nuestros días por parte del derecho laboral y no solo de parte de la economía. A este respecto el clúster y el distrito industrial son actualmente las redes empresariales de carácter local, regional o global a las que más se les ha prestado atención en las últimas décadas, no solo en círculos económicos, académicos, sino que se extiende a gobiernos y a una serie de organismos internacionales tales como: La OCDE, el Banco Mundial, la UNCTAD, la CEPAL, y la OIT; y que por tanto la política de clúster, que sustituye a las tradicionales políticas sectoriales o incluso se las confunde con las tradicionales redes empresariales, se haya convertido a la fecha en la base y en la piedra angular de la política industrial en muchos organizaciones empresariales y en varios países en todo el orbe.

De igual manera está cobrando un continuo auge acerca de la vigencia el estudio de las redes empresariales sean estas horizontales o verticales como mecanismos ágiles para el fortalecimiento de las empresas, particularmente de las llamadas Pymes; dado que este tipo de redes implican el reconocimiento fácil y rápido de objetivos comunes, en el caso de las redes horizontales, que congregan a empresas que operan en un mismo eslabón de una cadena productiva o de producción. En el caso de las redes verticales, porque alrededor de una o más firmas grandes se congregan pequeñas empresas satelitales proveedoras de bienes e insumos importantes para el sistema productivo de las primeras. Elementos comunes al análisis basado en redes empresariales son: la existencia de aglomeración y cumulo de una serie de empresas, instituciones de apoyo, de investigación, organismos gubernamentales y financieros; el dinamismo a nivel de simbiosis científico-tecnológico e innovación que involucra también el desarrollo y la

investigación, que conlleva la ampliación de los flujos comerciales, y como producto de todo lo anterior, un aumento en la capacidad de innovar estrategias y organizaciones con el competir y generar la competitividad de las empresas. Pero más allá de ello, debemos presentarse alguna interacción o relación entre las empresas concentradas y de estas con los demás agentes económicos-laborales dentro del espacio de concentración y eslabonamiento económico, laboral, empresarial y comercial, aspecto que es relevante en este enfoque[4], y que es el que determina mayores posibilidades de desarrollo social y económico de todos y cada uno de los países en el mundo. Refiriéndose específicamente a los clústeres, Se plantea que: Los tipos de dimensiones de los análisis de clústeres empresariales como una suerte de redes empresariales tejidas y entretejidas que permitirían clasificar los estudios sobre las redes empresariales y precisar el concepto clúster empleado son los siguientes:

i) Tipo de relación (interdependencia o similitud) entre empresas o sectores vinculados;
ii) Nivel de análisis empresarial (micro, pequeña o mediana empresa);
iii) Límites espaciales de las redes empresariales (nacional, regional o local);
iv) Que organizaciones son tomadas realmente en consideración[5].

Todo ello al final hace muy difícil o complicado llegar a determinar la posición real en la taxativa identificación de lo que es o lo que constituye la figura del empleador dentro de las transformaciones empresariales como reto ante el futuro laboral inmediato al interior e incluso en el exterior del entorno de las llamadas redes empresariales hoy en nuestros días.

VIII. CONCLUSIONES

Las Redes empresariales puedan al final caer en excesos durante su progresivo ejercicio empresarial ocasionando con ello la aparición o la gesta de un sinfín número de fraudes y elusiones a las actuales leyes laborales vigentes en un país en pro de identificar la situación real y la posición del empleador al interior de dichas redes de empresas eslabonadas una en relación con otras y encadenadas en procura de lograr el denominado éxito empresarial en el mercado de trabajo.

El funcionamiento integrado de dos o más empresas en torno a un proyecto compartido es capaz de generar, antes que nada, según se constata entonces, una serie de necesidades comunes entre las partes, cuya atención puede requerir la puesta en práctica de un abanico de fórmulas singulares de desarrollo de la prestación laboral y articulación de los poderes empresariales, las cuales terminan por afectar al reparto

[4] Las relaciones son entonces, el elemento fundamental para la comprensión de las redes empresariales, especialmente los clústeres y distritos industriales, en tanto que la aglomeración de empresas por sí misma no implica la existencia de vínculos y la cooperación entre los actores (Navarro, 2003). Esta sutil diferencia entre las aglomeraciones y las redes empresariales normalmente no es notada en la literatura, como lo subrayan Altenberg y Meyer-Stamer (1999), citados por Navarro (2003) al hacer referencia a los clústeres.

[5] Navarro (2003) hace un análisis cuidadoso de cada una de las dimensiones que, según él, permiten tanto la clasificación como el uso del concepto clúster.

tradicional de roles al interior entre las partes contratantes del o de un contrato de trabajo y en particular a la posición que dentro del mismo ocupa el empleador o empresario y también cada uno de los trabajadores y de las trabajadoras.

En la actualidad el poder de las redes empresariales en los mercados económicos con incidencia laboral se conjuga y se configura como una potente herramienta para hacer crecer en el interior y en el exterior del mercado. La comunicación y compromiso de trabajo son esenciales para fortalecerlas, acrecentarlas y al mismo tiempo llegar a dinamizarlas por completo.

Las relaciones de las empresas con sus competidores directos dentro de un mercado, así como las que establecen con sus respectivos proveedores y clientes y las que construyen con otros agentes estatales y no estatales dentro de una localidad, demarcación, circunscripción, región, y que pueden contribuir a crear fuentes de constantes ventajas competitivas para las empresas día a día, en especial las pequeñas y medianas empresas, cuyas características las hacen cada vez más vulnerables al entorno competitivo actual en un mercado tan oscilante en el cual las empresas se entretejen unas con otras para definir el marco normativo de los sistemas de relaciones laborales imperantes a través de las redes empresariales en un país.

La competitividad de la empresa está ligada a las relaciones que tiene con otras empresas y organizaciones del entorno lo que hace muchas veces demasiado complejo conocer o identificar plenamente quien es el verdadero, único, absoluto y real empleador lo cual a los ojos del mundo del derecho del trabajo se torna en reto habitual del día a día.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aruguete, G. (2004). Redes sociales: una propuesta organizacional alternativa. Extraído el 3 de febrero de 2007 desde http//www. practicasgrupales.com.ar/htm/redes.shtml
2. Becerra, F. (2005). Economías de aglomeración y desarrollo tecnológico. Documento presentado en la reunión temática de la Red de Macrouniversidades de Latinoamérica y el Caribe, Programa de Innovación y Desarrollo Tecnológico, Económico y Social, Mazatlán, México.
3. Becerrra, F. (2006). Economías de aglomeración e innovación. Documento presentado en la reunión temática de la Red de Macrouniversidades de Latinoamérica y el Caribe, Programa de Innovación y Desarrollo Tecnológico, Económico y Social, San José, Costa Rica.
4. Carroll, A. (1993). Business and Society: Ethics and Stakeholder Management. Cincinnati: South-Western Publishing.
5. Cervilla, M. & Lorenzo, O. (2000). Redes de empresas y tecnologías de información: opciones para el desarrollo de la PYME. Extraído el 10 de febrero de 2007 desde http:// www.iesa.edu.ve/Academicos/produccion/ profesores/lorenzo/lorenzo.htm
6. Feldman, J., Francis, J. & Bercovitz, J. (2005). Creating a cluster while building a firm: Entrepreneurs and the formation of industrial clusters. Regional Studies, 39(1), págs. 129-141.

7. Gibson, K. (2000). The moral basis of stakeholder theory. Journal of Business Ethics, 26, págs. 245- 257.
8. López, L. & Calderón, G. (2005). Factores socioculturales que influyen en la consolidación de un conglomerado empresarial: el caso del microcluster de herramientas de Caldas. Cuadernos de Administración, 18(30), págs. 165-192.
9. Navarro, M. (2003). El análisis y la política de los clusters. Bilbao: Universidad de Deusto, Free Press.
10. Porter, M. (1999). Ser competitivo: nuevas aportaciones y conclusiones. Bilbao: Ediciones Deusto.
11. Sanz, L. (2003). Análisis de redes sociales: o cómo representar las estructuras sociales subyacentes. Apuntes de Ciencia y Tecnología, 7, págs. 21-29.
12. Vásquez-Barquero, A. (2006). Surgimiento y transformación de clusters y milieus en los procesos de desarrollo. Revista Latinoamericana de Estudios Urbano Regionales, 32(95), págs. 75-92.

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN EL PROCESO LABORAL PERUANO Y EL DERECHO COMPARADO

OMAR TOLEDO TORIBIO(*) y TANIA TULA ARAUCO VIVAS(*)

"*Cuando se abusa de la personería jurídica pretendiendo utilizarla para fines no queridos por la ley, es lícito rasgar o levantar el velo de la personería (´to pierce or lift the veil´), para penetrar en la verdad que se esconde tras de él, y hacer prevalecer la justicia y las normas de orden público que han pretendido violarse***."**[1]

Guillermo A. Borda

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal Laboral peruano ha previsto la desigualdad existente entre las partes procesales; debido a la subordinación que ejerce el empleador sobre su trabajador; característica definitiva de un contrato de trabajo; así, en el proceso laboral, lo que se quiere lograr es encontrar la verdad de los hechos presentados como postulados

(*)Doctor en Derecho y Ciencia Política Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Juez Supremo Provisional de la Tercera Sala Constitucional y Social de Derecho Transitoria de la Corte Suprema del Poder Judicial del Perú, Profesor de la Academia de la Magistratura y Catedrático de la Facultad de Derecho (Unidad de Post Grado) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la PUCP, de la Universidad de San Martín de Porres y del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

(*) Docente de la Universidad Peruana Los Andes, Relatora de la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Junín- Poder Judicial. Estudios sobre los Tribunales de Justicia en la Universidad de Valencia – España. Estudios en la facultad de Giu*risprudenza* en la "Università degli Studi di Roma ´Tor Vergata´.

[1] BORDA A., Guillermo. "El Velo de la Personería". Artículo ubicado en la Revista Jurídica Argentina LA LEY. Derecho Comercial Doctrinas Esesnciales – Parte General Empresas y Personas del Comercio Prescripción. Tomo I. La Ley. Buenos Aires – Argentina. 2009. Pag. 596.

de cada una de las partes; por lo que una de las herramientas principales para ello, es la aplicación de los principios consignados dentro de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, descritos en su artículo 1° del Título Preliminar, como son la inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad. Es así que dentro de la teoría jurídica, podríamos decir, que con la aplicación correcta de tales directrices llegaríamos a encontrar la "verdad".

Sin embargo, existen situaciones donde el trabajador se encuentra en desventaja para poder acreditar los hechos planteados en su demanda; en tal sentido, el juez cuenta con el Principio de Primacía de la Realidad, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico, que se encuentra impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional[2]; para que, en casos donde existan indicios de la veracidad de la teoría del caso del trabajador demandante, pueda corroborarse ello.

Así, un caso recurrente que se ve en las sedes jurisdiccionales laborales, es la relación jurídica existente entre personas jurídicas, como empleadoras, y personas naturales, en el lugar de los trabajadores; que bajo el supuesto de que efectivamente se corroboró que al trabajador se le habría vulnerado un derecho laboral, ya sea de naturaleza económica o jurídica; persiste la incertidumbre de determinar quién debe de asumir dicha responsabilidad, si acaso le corresponde a la empresa como persona jurídica, o al (los) socio (s) que pudieran haber simulado la creación de dicha empresa con la finalidad de evitar cumplir con las responsabilidades hacia un tercero (trabajador); por ello, en diversas sentencias emitidas por uno de los coautores del presente artículo, en calidad de Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima, ha emitido pronunciamientos novedosos, renovando el enfoque el enfoque jurídico laboral, dando una salida justa, al abuso del manto protector que tienen las personas jurídicas (empleadores) frente a la vulneración de los derecho laborales de un trabajador, ello en aplicación de la figura del levantamiento del velo societario.

De manera que el presente trabajo, nace con la necesidad de poder aclarar las incertidumbres fruto de casos similares como el esbozado; siendo necesario entender las facultades que tiene un empleador como persona jurídica, su existencia y atributos; asimismo, respecto a la novedosa figura legal del levantamiento del velo societario, nacido en el mundo angloamericano, donde indagaremos sobre sus antecedentes y los supuestos de aplicación; por último, una herramienta que resulta clave en la determinación de responsabilidades, dentro del Derecho Procesal de Trabajo, el Principio de Primacía de la Realidad. De tal manera que podamos encontrar directrices jurídicas concretas sobre el levantamiento del velo societario en el Derecho Procesal Laboral.

[2] STC N° 01388-2011-PA/TC, Fundamento 4. Ubicado en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01388-2011-AA.html el 15/01/2017.

II. LA PERSONA JURÍDICA

II.1. CONCEPTO

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico la persona jurídica se encuentra regulada en la Sección Segunda del Código Civil;sin embargo, no existe una definición como tal, por lo que procederemos a verificar que dice la jurisprudencia y la doctrina respecto a ello. La Corte Suprema señala: "*Las personas jurídicas son entidades abstractas, a las cuales el derecho les reconoce una personalidad, susceptibles de adquirir derechos y de contraer obligaciones, su capacidad es limitada frente a los derechos que se le reconoce a las personas naturales, sin embargo, se caracterizan porque cumplen finalidades de mayor amplitud que estas (…)*"[3].De ahí que la persona jurídica es aquel ente que tiene actuación en la vida civil como sujeto de derechos y obligaciones; que ha adquirido diversos nombres a lo largo de la historia como personas ficticias, personas artificiales, etc. Así, también señala Francisco Ferrara: "*En la vida hay fines individuales que perseguir, y a éstos provee el hombre, y hay fines que trascienden la esfera delos intereses individuales que sobrepujan las fuerzas del hombre singular, que perduran más allá de la vida humana, cuya realización es perseguida por entes que se forman en la vida social y que el Derecho acoge en su seno. Tales entes sociales reconocidos por el Derecho objetivo, que tienen normalmente por función el cumplimiento de fines comunes y duraderos, es a los que llamamos personas jurídicas.*"[4] (Subrayado Nuestro). Cocecuentemente, la persona jurídica tiene facultades de existencia independientes de la persona natural, pudiendo existir más allá de ésta última, con atribuciones y deberes que divergen de los socios, que como personas naturales constituyen una empresa, dotadas a partir de su personalidad jurídica.

II.2. LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Para nuestro ordenamiento jurídico es necesaria la aprobación oficial de la persona jurídica, conforme lo establece el sistema normativo; por lo que la simple asociación de hombres o la decisión unipersonal para un fin determinado, es insuficiente por sí misma para alcanzar una personalidad jurídica; así lo ha señalado el Código Civil en su artículo 77°, que señala que para la existencia de la persona jurídica de derecho privado se necesita de su inscripción en el registro de la ley[5]. Asimismo el Tribunal Constitucional ha indicado: "*(…) toda persona jurídica tiene o retiene para sí un conjunto de derechos, encuentra un primer fundamento la posibilidad de que aquellos de carácter*

---

[3] Cas. N° 698-99 Lambayeque, El Peruano, 04-11-1999. Pg. 3858.

[4] FERRARA, Francisco. Teoría de las personas jurídicas. Reus. Madrid - España. 1929. Pg. 5.

[5] Código Civil, Artículo 77°: Inicio de la Persona Jurídica: "*La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. La eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita. Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.*"

fundamental les resulte aplicables. (…)"[6]. Por lo que la personalidad jurídica deberá de ser atribuida expresamente, realizando la inscripción en el registro pertinente, lo que generará que ostente autonomía administrativa, económica o financiera; para ello, debe de demostrar atributos que las distingue de las demás conforme a las personas naturales; como son el nombre, domicilio capacidad, nacionalidad y patrimonio.

II.3. PROTECCIÓN A LA PERSONA JURÍDICA

La protección a la persona jurídica ha sido descrita inicialmente en nuestra Constitución de 1979, la que establecía en su artículo 3° lo siguiente: "*Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables*", entendiendo de ello que las personas jurídicas tienen derechos aplicables como al nombre, la imagen, etc.; sin embargo, en nuestra actual Constitución Política, no se hace mención alguna. Si embargo, Tribunal Constitucional ha reiterado que: "*A juicio de este Tribunal, toda persona jurídica, salvo situaciones excepcionales, se constituye como una organización de personas naturales que persiguen uno o varios fines, pero que, para efectos de la personería que las justifica en el mundo de las relaciones jurídica, adopta una individualidad propia; esto es, la forma de un ente que opera como centro de imputación de obligaciones, pero también, y con igual relevancia, de derechos.*"[7]

III. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

III.1. CONCEPTO

Cuando hablamos del levantamiento del velo societario, encontramos diversas acepciones como: "el rasgado del velo societario", "regla de penetración", "*piercing the corporate veil*", "teoría de impenetrabilidad" o "levantamiento de la personalidad"; acepciones que se han ido forjando a lo largo de la historia, teniendo básicamente como diferencia el país donde fueron acopladas.

Así algunos doctrinarios han señalado el concepto de ésta figura jurídica, según Fernando de Trazegnies: "*El descorrimiento del velo societario es una institución nueva, destinada a evitar que detrás de un formalismo jurídico que cumple un papel de escudo, se desarrollen actividades que perjudican a ciertos accionistas de la sociedad o a terceros vinculados con algún tipo de contrato.*"[8]. Así también Halperin indica: *"(…) el levantamiento del velo, significa la prescindencia de la persona jurídica para responsabilizar al ente por los hechos u obligaciones de otro ente, jurídicamente tercero (…)"*[9]

---

[6] STC N° 04072-2009-PA/TC. Fundamento 9. Ubicado en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04072-2009-AA.html el 10/01/2017.

[7] STC N° 04072-2009-PA/TC. Fundamento 8. Ubicado en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04072-2009-AA.html el 10/01/2017.

[8] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "El rasgado del velo societario dentro del arbitraje". En *Ius et Veritas. Año XIV. N° 29. Lima – Perú. 2005. Pg. 12.*

[9] HALPERIN, Isaac. Sociedades Anónimas. Segunda Edición. Depalma. Buenos Aires- Argentina. 1998. Pg. 132.

La profesora peruana J. Elena Guerra Cerrón también indicado que:

> "*El levantamiento de velo societario proviene de la Doctrina o teoría norteamericana conocida como el* discregard of legal entity (*desentedimiento de la personalidad jurídica*) *que es una práctica judicial por la cual se prescinde de la forma externa de lapersona jurídica para desconocer la diferencia entre ella y sus titulares, de ahí se levanta el velo societario y se examinan los reales intereses que existen en su interioro. Así se evitan y detienen los fraudes y abusos que se estén cometiendo.*"[10]

Por su parte la sentencia del 16 de marzo de 1993 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco se adjudica lo señalado por el autor español Pedro Ángel Yaqüez, bajo un razonamiento en contrario: "*(…) no ha lugar al levantamiento del velo de una sociedad anónima cuando no se ha acreditado abuso del derecho por parte de los socios, esto es, cuando la constitución de una sociedad no se ha hecho con la finalidad de eludir las responsabilidades de los accionistas.*"[11]

En tanto, para nosotros, el levantamiento del velo societario viene ser la penetración en el interior de la persona jurídica, llegando a mostrar a las personas naturales que las conforman, de manera que se pueda descubrir las conductas fraudulentas o usos abusivos de la personería en perjuicio de un tercero en particular o del mismo Estado; para el presente análisis, en perjucio del trabajador.

III.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La acumulación de riquezas de muchas personas jurídicas en una determinada etapa de la sociedad generó que éstas pudieran cometer fraudes, las cuales venían encubiertas detrás de una persona jurídica, debido a la característica propia de la autonomía patrimonial; ya que los socios de una empresa y la empresa misma, tienen independencia económica patrimonial. Por tanto, podemos observar que dentro de la historia existen casos en los cuales, de manera jurisprudencial, ha aparecido la figura del levantamiento del velo societario. Encontramos dos casos en particular dentro del sistema angloamericano *Common Law.*

a) Caso "*Salomon Vs. Salomon & Company Limited*":

El primer caso surge en Londres - Inglaterra en el año 1897, emblemático caso "*Salomon Vs. Salomon & Company Limited*", el *cual trata de un señor llamado Salomón quien tenía el oficio de zapatero, que en el 1855 constituye* Salomon&Co. Ltd, teniendo como accionistas a su esposa y a sus cinco hijos y el

---

[10] GUERRA CERRON, J. Elena. "Levantamiento del Velo y Responsabilidad de las Sociedades Anónimas". Editora y Librería Grijley. Lima – Perú. 2009. Pag. 364.

[11] "La Doctrina del Levatamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia". Cuarta Edición. Editorial Civitas. Pag. 425.

mismo; dicho sea de paso, que ninguno de los familiares de Salomón tenía intención de intervenir en la compañía; por lo que existía el negocio de zapatos y además C*ompany* Salomon&Co. Ltdcon siete accionistas y Salomóncomomanaging director*. Es as*í que Salomón, persona natural, vende el negocio de zapatos a su empresa constituida que lleva el mismo nombre, por el precio de 39.000 libras esterlinas; que fueron pagadas de la siguiente manera: 10.000 libras en *debentures* u obligaciones, 20.000 libras en acciones de 1 libra cada una y 9.000 libras al contado. Así, el negocio continuaba y ahora los clientes de Salomón habían pasado a ser clientes de la *Salomon&Co. Ltd*.; en otras palabras, era la misma persona natural, pero con personalidad jurídica diferente; por tanto, las deudas del negocio habrían pasado a la responsabilidad de la empresa. Durante el primer año de vida de la compañía, se produjo una deuda con el señor Broderip, quien interpuso una demanda contra Salomón, persona natural, indicando que la empresa constituida era fraudulenta. Por lo que la Corte de Apelaciones declaró fundada la demanda del acreedor, señalando que los seis miembros de la familia nunca quisieron accionar dentro del negocio. Sin embargo, ante el recurso impuesto por Salomón a dicha decisión, "*The House of Lords*"[12]revocaron dicha decisión indicando que la compañía *Salomon&Co. Ltd* fue constituida válidamente de acuerdo con la *Joint Stock Companies Act 1844*; y que las intenciones de los accionistas eran irrelevantes.

b) Caso "Bank of the Unites States VS. Deveaux":

El Tribunal Supremo de Estados Unidos durante el año 1809, se pronunció en el caso Bank os the Unites States VS. Deveaux, donde una sociedad alegaba ser invisible, inmortal y su existencia únicamente estaba en base al reconocimiento por la ley; por lo cual la persona jurídica no podía ser considerada "ciudadano". Así el juez Marshall señaló el carácter de las personas individuales que componían la sociedad, con el objeto de mantener la competencia del Tribunal Federal.

III.3. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

III.3.1 ABUSO DE DERECHO

Nuestra Carta Magna en el párrafo final del artículo 103° ha señalado que no ampara el abuso de derecho[13]; así el Tribunal Constitucional asevera: "*(…) en el abuso de derecho se presenta un conflicto entre, por un lado, las reglas que confieren atributos al titular de un derecho subjetivo, y por otro, los principios que sirven de razones últimas*

[12]Traducido al español: "La casa de los señores".

[13] Constitución Política del Estado, Artículo 103°: "*Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También que sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.* ***La Constitución no ampara el abuso de derecho.***" (Sombreado nuestro.)

para su ejercicio (…)"[14]. Por lo que, cuando hablamos de abuso de derecho, debemos de dejar en claro que en una persona jurídica serán sus miembros los que realizan dicho abuso, con el objeto de obtener resultados antijurídicos.

III.3.2. FRAUDE A LA LEY

En tanto, el fraude a la ley es cuando nos referimos a la evasión de una ley, amparándonos en otra, para que de manera aparente se proteja un acto, al cual debió de aplicarse la ley que fue evadida; por ello para que exista fraude a la ley deben de presentarse dos normas jurídicas, una que es defraudada (ley defraudada) y la otra que protege (ley de cobertura), la que cubre el acto dañoso aparentemente legal.[15]

Según Roberto Obando:

> "*El fraude a la ley requiere la concurrencia de dos requisitos: la realización de un acto al amparo de una norma y la persecución de un resultado como contrario a la ley defraudada; constituye una infracción encubierta de la ley, realizada bajo la apariencia de licitud, donde quien la realiza busca una forma de burlar la norma mediante otras que puedan prestarle apoyo aparente de legalidad.*"[16] Respecto a este tema el Tribunal Constitucional ha mencionado: "*(...) La figura del abuso del derecho, así como la del fraude de ley (la prohibición de ambas) tienen la propiedad de lograr combatir el formalismo que sirve de cubierta para transgredir el orden jurídico constitucional. (…) el fraude de la ley es la contraposición entre una regla que confiere un poder y un principio, que como tal, es de cumplimiento imperativo.*"[17]

Así podemos verificar que para que se produzca el levantamiento del velo societario resuelta necesario poder determinar que haya suscitado cualquiera de los mencionados, abuso de derecho o fraude a la ley; que en el caso del Derecho Laboral, comúnmente ocurrensituaciones de abuso de derecho, amparándose en la aparente interdependencia entre la empresa formada y el socio encubierto, que pretende ocultar sus responsabilidades laborales en los limitados deberes de una empresa.

IV. PRIMACÍA DE LA REALIDAD

---

[14] STC N° 05859- Fundamento 6. Ubicado en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05859-2009-AA.html el 15/01/2017.

[15] GUERRA CERRON, J. Elena. "Levantamiento del Velo y Responsabilidad de las Sociedades Anónimas". Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima – Perú. 2009. Pg. 245.

[16] OBANDO PÉREZ, Roberto. "Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica" Pg. 165. Ubicado en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_10.pdf el 14/01/2017.

[17] STC N° 05859 - Fundamento 6. Ubicado en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05859-2009-AA.html el 15/01/2017.

Conforme hemos señalado en la introducción del presente trabajo, una forma viable de poder discernir si existe la posibilidad o no de que el juez puede realizar el levantamiento del velo societario, es el principio de la Primacía de la Realidad.Este principio, de manera general, señala que en caso de que exista discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que rige en los documentos, el Juez deberá de tener como cierto lo que sucede en la realidad. Asimismo, Américo Pla Rodríguez menciona: "*Este principio se fundamenta en otorgarle el privilegio a lo que sucede en la realidad en vez de las manifestaciones de voluntad formales de las partes.*"[18] Por tanto, el principio de primacía de la realidad se deberá de aplicar en los casos en que se quiera eludir los beneficios que les corresponde a los trabajadores por tener dicha condición.

V. JURISPRUDENCIA

El levantamiento del velo societario, es una figura jurídica que no se encuentra dentro de nuestro ordenamiento; sin embargo, como bien sabemos, la jurisprudencia forma parte de la fuente del derecho laboral, así mediante sentencias que a continuación pasaremos a detallar se puede observar, como se ha venido aplicando el levantamiento del Velo Societario, en el Derecho Laboral:

En el EXP. Nº 7172-2006 BE(A), resolución de fecha 08 de marzo de 2007, la Segunda Sala Laboral de lima, se ha fundamentado de la siguiente manera:

> "**Décimo Tercero**: que, en ese orden de ideas corresponde a este Colegiado verificar si el embargo en forma de inscripción del 50% de los derechos y acciones que le corresponde a doña Virginia Adriana Cruzado Delgado sobre el bien inmueble de su propiedad ubicado en la Mz T-1, Sub Lote 18-A, Urbanización Villa Marina, Distrito de Chorrillos, hasta la suma de S/ 5, 305.80 (CINCO MIL TRESCIENTOS CINCO CON 80/100 NUEVOS SOLES) dictada por la Resolución N° 54 de fecha 29 de enero del 2002 que corre a fojas 01 y 02 ha sido dictada conforme a derecho, así como la Resolución N° 55 que amplia la medida de embargo en forma de inscripción a la suma de S/.13,674.58 que corre a fojas 4, no habiéndose incurrido en causal de nulidad alguna; **Décimo Cuarto**: que, de la revisión del expediente se observa que la demandada ha constituido la empresa Individual de Responsabilidad Limitada con un capital de S/. 1,000.00 (UN MIL Y 00/100 nuevos soles) íntegramente suscrito y pagado en bienes cuyo detalle y valorización obra en la declaración Jurada que acompaña la Escritura pública que corre de fojas 35 a 39, d los autos principales que se tiene a la vista. De la citada declaración Jurada se advierte que la persona jurídica unipersonal sólo cuenta

[18] PLA RODRÍGUEZ, Américo. "Los Principios del Derecho de Trabajo". Ediciones Depalma. Buenos Aires- Argentina. 1990. Pg. 243.

con un capital de dieciséis (16) sillas de madera que se valorizan en la suma de S/. 400.00 nuevos soles así como con seis (6) mesas de madera que se valorizan en S/. 600.00 nuevos soles, los cuales fueron aportados por doña Virginia Adriana Cruzado Delgado; **Décimo Quinto**: que, tal situación hace que este Colegiado advierta que con la constitución de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada Restaurant Peña Surquillana la titular doña Virginia Adriana Cruzado Delgado ha realizado un abuso de su derecho de constitución de empresa derecho que le otorga la posibilidad de formar una persona jurídica mediante la cual pueda desarrollar actividades lícitas sin arriesgar el íntegro de su patrimonio; **Décimo Sexto**: que, este Colegiado llega a la convicción que la demandada ha realizado tal abuso, proscrito en el artículo 103° de la Constitución Política, porque en ejercicio de su derecho ha constituido una persona jurídica unipersonal con un capital ínfimo que no le permite asumir las obligación contraída con un tercero que en este caso es el trabajador quien le prestó su fuerza de trabajo durante el periodo que va del 04 de marzo de 1986 a febrero de 1995 para la persona natural de doña Virginia Adriana Cruzado Delgado y por el periodo de marzo de 1995 al 22 de de junio de 1996 a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada Restaurant Peña Surquillana sin haber recibido el pago de sus beneficios sociales; **Décimo Séptimo**: que, al no contar la demandada Restaurant Peña Surquillana E.I.R.L. con recursos que permitan cumplir la obligación de pago de la acreencia laboral del actor es acorde a derecho que en el presente caso este Órgano Jurisdiccional aplique la figura del levantamiento del Velo Societario; **Décimo Octavo**: (…)**Que al aplicar este concepto al presente caso este Colegiado prescinde de la forma societaria que asumió Restaurant Peña Surquillana Empresa Individual de Responsabilidad Limitada porque como se señala en los considerandos que anteceden es evidente que la señora Virginia Adriana Cruzado Delgado constituyó la empresa con la intención de burlar el pago de sus obligaciones laborales lo cual contraviene la *ratio legis* del Decreto Ley 21621, Ley de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que señala que se reconoce la limitación de responsabilidad del titular porque lo que se pretende es fomentar y estimular las inversiones, capacidad empresarial y la movilización de capitales.** Que, en ese orden de ideas la medida cautelar en forma de inscripción dictada mediante la Resolución N° 54, de fecha 29 de enero del 2002 que corre a fojas 1 y 2 así como su posterior incremento ordenado mediante la Resolución N° 55, de fecha 20

> de diciembre del 2002, que corre a fojas 04, son acorde a derecho no existiendo causal de nulidad de las mismas ni de los actuados, debiéndose por lo tanto confirmar la recurrida (…)"[19](Resaltado y subrayado nuestro).

Asimismo se ha resuelto en el EXP. Nº 5005-2011 BE(S), la Sala Transitoria Laboral de Lima, mediante resolución de fecha 30 de setiembre de 2011, ha considerado:

> "13. Que, de la revisión del expediente se observa que la codemandada Norka Enders Zamora ha constituido la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada con un capital de S/. 85,884.00 (Ochenta y cinco mil ochocientos cuatro nuevos soles) íntegramente suscrito y pagado en bienes, una camioneta y dos computadoras, cuya valorización obra en la declaración Jurada inserta en la copia del testimonio de la escritura pública, de fojas 192 a 197. 14.- **Que, tal situación hace que este Colegiado advierta que con la constitución de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada SKY CATERING EIRL la titular Norka Enders Zamora ha realizado un abuso de su derecho de constitución de empresa, derecho que le otorga la posibilidad de formar una persona jurídica mediante la cual pueda desarrollar actividades lícitas sin arriesgar el íntegro de su patrimonio;**15.- Que, **este Colegiado llega a la convicción que la demandada ha realizado tal abuso, proscrito en el artículo 103° de la Constitución Política, porque en ejercicio de su derecho ha constituido una persona jurídica unipersonal con un capital formado por bienes de su propiedad personal con el objeto de no asumir la obligación contraída con un tercero que en este caso es el trabajador.**16.-**Que, en ese sentido, mediante la aplicación de la figura del Levantamiento del Velo Societario y Primacía de la Realidad al presente caso este Colegiado determina que la actora ha prestado servicios a favor de la señora Norka Enders Zamora, de forma continua e interrumpida.** Por lo que la determinación de los derechos señalados en la sentencia materia de apelación corresponden asumir también a la codemandada Norka Enders Zamora, en razón de que en los considerandos que antecedentes se evidencia que la Empresa individual de Responsabilidad Limitada con la intención de burlar el pago de sus obligaciones laborales lo cual contraviene la ***ratio legis*** del Decreto Ley 21621, Ley de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que señala que se reconoce la limitación de responsabilidad del titular porque lo que se pretende es fomentar y estimular las inversiones, capacidad

[19]EXP. Nº 7172-2006 BE(A), Vocal Ponente Dr. Omar Toledo Toribio.

> empresarial y la movilización de capitales. 17.- Respecto a la solidaridad, se debe señalar la tercera conclusión plenaria del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 2008, en el cual se acordó que "*Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además,* ***en los casos en los que exista*** *vinculación económica, grupo de empresas o* ***se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los*** **trabajadores"**. (El resaltado es nuestro) 18.- Que, en efecto como se puede colegir lo antes expuesto nos encontramos ante una situación en que se ha constituido una persona jurídica con el objeto de eludir el cumplimiento de obligaciones laborales lo cual denota una actitud de fraude en perjuicio del trabajador por lo que amerita la solidaridad decretada."[20] (Resaltado y subrayado nuestro).

En los casos citados, se evidencia que ha existido abuso de derecho, sobre la naturaleza de dos empleadoras, que bajo bajo la aparente responsabilidad de una persona jurídica del Decreto Ley N° 21621, Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que señala que se reconoce la limitación de responsabilidad del titular; se ha contravenido al artículo 103° de la Constitución Política del Estado.

VI. ANÁLISIS EN CUESTIÓN

Habiendo analizado las implicancias precedentes, como son la persona jurídica y el levantamiento del velo societario; debemos señalar que cuando nos encontramos en casos laborales, previamente se deberá de verificar la existencia del abuso del derecho de parte de la empresa (persona jurídica) empleadora, o el fraude a la ley que ésta realice, con la finalidad de evadir cumplir con una responsabilidad pendiente frente al trabajador.

Para ello, se deberá de aplicar el principio de la Primacía de la Realidad, debido a que evidentemente, cuando se pretenda evadir cumplir con el pago de los beneficios sociales, no estará consignado en documento alguno; de manera contraria, la única forma de encontrar dicha verdad, será mediante indicios que conforme a la Nueva Ley Procesal de Trabajo[21], que permite presumir al juzgador la existencia del hecho lesivo, en cuanto éstos aparezcan.

---

[20] EXP. Nº 5005-2011 BE(S), Vocal Ponente Dr. Omar Toledo Toribio.

[21] Nueva Ley Procesal de Trabajo, artículo 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."*

Asimismo debemos de indicar que el levantamiento del velo societario, no puede realizarse de manera general, ya que en todo momento debe regir el respeto por la seguridad jurídica, más aún si tenemos en cuenta que los actos que podríamos considerar como abusivos o fraudulentos, están dentro del mismo marco legal que brinda cobertura normativa. Sin embargo, si estamos frente a la violación de derechos laborales, y éstos previamente han sido probados, ciertamente deberá de aplicarse la presente teoría. Ya que el levantamiento del velo de una sociedad jurídica, traerá consigo dos tipos de consecuencias: a) la afectación de la responsabilidad a las personas naturales o socios que integran dicha sociedad jurídica. b) existiendo la responsabilidad hacia socios de la persona jurídica, éstos deberán de asumir solidariamente la responsabilidad frente al derecho vulnerado del trabajador.

Además, consideramos que el levantamiento del velo societario es una figura que no tiene un respaldo jurídico positivo en el campo del derecho procesal laboral, por lo que resultaría de vital importancia la regulación de dicho actuar en nuestro ordenamiento, de manera que pueda facilitar la función de juez.

A modo de reflexión, corresponde señalar que en la doctrina del levantamiento del velo societario, prima la justicia y la equidad a la seguridad jurídica; sin embargo, existen circunstancias en que dicha decisión judicial es imperiosamente necesaria; como cuando el empleador pretende cubrir sus responsabilidades como persona natural, porque efectivamente, contrató al trabajador cuando tenía dicha distinción y procede a constituirse como una persona jurídica, a fin de evadir el pago de los beneficios sociales del trabajador en mención; encontrando ello contrario a lo prescrito en el artículo 103° de nuestra Constitución; consecuentemente, correspondería el levantamiento del velo societario que encubre a dicho empleador.

VII. DERECHO COMPARADO

Para un mayor entendimiento resulta indispensable conocer lo desarrollado en ordenamientos jurídicos extranjeros, analizando si la permisión del levantamiento del velo societario se encuentra dentro de un marco legal, doctrinario o meramente jurisprudencial, como en nuestro país; así, se ha decidido revisar lo desarrollado en países latinoamericanos como Chile y Argentina.

VII.1. Chile

En el país vecino chileno se ha venido aplicando el levantamiento del velo societario tanto en aspectos civiles, como en los laborales; en razón del abuso de la personalidad, la misma que sucedería cuando ella es utilizada con una finalidad diversa a aquella que ha motivado su creación y dicha finalidad persigue el perjuicio de terceros; en

ese sentido, Patricia López[22] ha señalado algunas manifestaciones del abuso de la personalidad, como las siguientes: a) el control o dirección económica ejercida al interior de un grupo de sociedades; b) el fraude fiscal; y, c) la sociedad unipersonal.

Así, conforme a López la fundamentación de la aplicación de esta figura tiene una justificación jurídico – procesal en el deber de transparencia procesal, como especial dimensión del principio de buena fe procesal; es decir, en la prevención y sanción de todas las actuaciones contrarias a derecho realizadas al amparo de la persona jurídica.[23]

En ese sentido, podemos observar que en la jurisdicción chilena se ha aplicado el levantamiento del velo societario en un afán de proteger al trabajador, pues se evidencian que la parte empleadora a través de los llamados grupos económicos, ha pretendido evadir derechos laborales individuales y colectivos, ello incluso ante la inexistencia de una regulación legalmente establecida, así podemos advertir que encuentran otras formas de levantar dicha personalidad jurídica:

> "*La acción judicial del levantamiento del velo o prescindencia de la personalidad jurídica no tiene una acción específica que permita impetrar pura y simplemente una declaración como esa, sin embargo, la cuestión hoy en día se ha resuelto a través del principio de inexcusabilidad consagrado constitucionalmente en el artículo 73 de nuestra Carta Fundamental, según el cual los jueces deben conocer y fallar todo asunto sometido a su decisión aún a falta de ley que resuelva la contienda.*
> *Por otro lado**, aunque no exista en nuestro ordenamiento una regulación normativa general ni una acción directa para desestimar la personalidad jurídica, existen acciones que por vía indirecta permitirían arremeter contra el principio de la radical separación entre la entidad y sus miembros cuando la persona jurídica ha sido utilizada con fines fraudulentos**. Estas acciones son principalmente las acciones de simulación y la acción pauliana o revocatoria. Esto quiere decir que de forma indirecta se podría lograr lo que la doctrina del levantamiento del velo intenta hacer de un modo directo, sin embargo, ello parece no ser suficiente. En Chile, por ejemplo, la acción de simulación, en palabras del profesor Alvaro Puelma, es una "carreta jurídica"; para obtener una declaración de simulación han de pasar muchos años, lo cual se trata de una falla del derecho adjetivo chileno que no permite hacer efectiva instituciones que deben necesariamente actuar con rapidez si quieren tener eficacia. Este problema también se presenta en la acción pauliana civil, que en palabras del mismo profesor, sería prácticamente ilusorio poder ganar en*

[22] LÓPEZ, Patricia. La Doctrina del Levantamiento del Velo y la Instrumentalización de la Personalidad Jurídica. Lexis Nexis, Santiago de Chile – Chile. Año 2003. p.30.
[23] Ob Cit. Pg. 68.

contra de una fusión de sociedades"[24] *(*Resaltado y subrayado nuestro*).*

VII.2. Argentina

En cuanto a Argentina se puede avizorar que contrariamente a nuestra legislación, sí se encuentra regulada la figura del levantamiento del velo societario, a la cual se le ha denominado "Inoponibilidad de la persona jurídica", la que tiene como antecedentes el artículo 54 de la Ley N° 22903 del año 1983, donde se introduce por primera vez el instituto del *disgregard of the legal entity*; posteriormente, el ordenamiento jurídico argentino ha regulado de manera expresa lo que significa la inoponibilidad de la persona jurídica mediante el artículo 144° del Código Civil y Comercial de la Nación argentino, que expresa: "*(…) La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica (el artículo 54 de la LS decía ´extrasocietarios´), constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidariamente e ilimitadamente por los perjuicios causados (…)*"; de ahí que encontramos los siguientes presupuestos para la aplicación del levantamiento del velo societario:

a) Que "encubra" la consecución de "fines ajenos" a la persona jurídica.
b) Que constituya un "recurso" para "violar la ley, el orden público o la buena fe".
c) O para "frustrar derechos" de cualquier persona.

Conforme a lo señalado, se verifica que la lata experiencia que tiene ordenamiento argentino respecto a la aplicación del levantamiento del velo societario, y que dentro de su propia doctrina se concluye lo siguiente:

> "*Una novedad que trae consigo el art. 144° es que, a pesar de que la desestimación de la personalidad es "un instituto de excepción" que se da solo cuando se presentan los requisitos enumerados en la norma, por la ubicación sistémica del enunciado se extiende a todas las personas jurídicas privadas, sean sociedades, asociaciones, fundaciones, etc. Imputando a quienes las hicieron posibles; sean socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, quienes responderán solidaria e ilimitadamente.*"[25]

Por consiguiente, la aplicación del levantamiento del velo societario en países latinoamericanos como el nuestro, se ha encontrado que también se aplica bajo

[24] CARRASCO GUARDA, Nicole Constanza. La doctrina del levantamiento del velo societario en el Derecho Laboral Chileno. Memoria para optar el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Valdivia – Chile. Año 2012. p. 17 y 18.

[25] JUNYENT BAS, Francisco y JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz. "La inoponibilidad de la persona jurídica a la luz del artículo 144 del Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en la Revista EL DERECHO- Diario de Doctrina y Jurisprudencia el 23 de octubre de 2017. Buenos Aires – Argentina. Pg. 3.

fundamentos jurisprudenciales, como en Chile; sin embargo, en Argentina ya se ha enmarcado dentro de un dispositivo legal, que tiene como finalidad evitar situaciones de simulación ilícita, fraude y abuso de derecho, siendo las mismas conductas que ameritan una sanción a los que las hubieran realizado, resaltando además que en todos los casos deberá de ser aplicado de manera excepcional.

VIII. CONCLUSIONES

Como primera conclusión, debemos de indicar que la persona jurídica es aquel ente que tiene actuación en la vida civil como sujeto de derechos y obligaciones; que necesariamente deberá de estar inscrito en el registro correspondiente, para que pueda adquirir la personalidad jurídica; en otros términos, al tener dicha cualidad sus responsabilidades son limitadas, a diferencia de las personas naturales, conforme lo ha señalado el artículo 78° del Código Civil peruano.

El levantamiento del velo societario es la penetración en el interior de la persona jurídica, llegando a mostrar a las personas naturales que las conforman, de manera que se pueda descubrir las conductas fraudulentas o usos abusivos de la personería en perjuicio de un trabajador.

Una de las herramientas indispensables para descubrir si existe la necesidad de utilizar el levantamiento del velo societario, es el principio de la Primacía de la Realidad, que coadyuva a la función del Juez, al verificar que la documentación propuesta por el empleador demandado, se contradice con los hechos de la realidad; así, a raíz indicios, bajo la anuencia de la Ley N° 29497, se aplicará dicho principio.

Conforme hemos indicado, el levantamiento del velo societario, no tiene expresamente una regulación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, la jurisprudencia laboral mostrada en el presente artículo, ha demostrado que es factible la utilización de dicha figura, ello en resguardo del principio de la justicia. Por tanto, con la aplicación del levantamiento del velo societario, lo que se pretende es evitar perjuicios para los trabajadores afectados por el abuso de las formas jurídicas societarias, por lo que los Jueces teniendo en cuenta, que ha existido, un abuso del derecho o un fraude ante la Ley, podrían penetrar al interior de la persona jurídica; descubriendo la responsabilidad de los socios integrantes.

Resulta imperioso indicar que este tipo de acción únicamente se deberá de dar de manera extraordinaria, en casos extremos, cuando el fraude o el abuso es evidente. Ya que el levantamiento del velo de una sociedad jurídica, que traerá consigo dos tipos de consecuencias: La afectación de la responsabilidad a las personas naturales o socios que integran dicha sociedad jurídica; y éstos deberán de asumir solidariamente la responsabilidad frente al derecho vulnerado del trabajador.

Para finalizar, ante la aplicación del levantamiento del velo societario, es recomendable tomar en consideración el tratamiento que ha tenido esta figura en países como el nuestro, latinoamericano, donde se ha desarrollado vastamente su aplicación; como es el caso Argentino que tiene una regulación legal dentro del artículo 144° del Código Civil Comercial de la Nación, y que incluso ha previsto los presupuestos en los cuales deberá de utilizarse la inoponibilidad a la persona jurídica, que es la terminología que se ha utilizado. Además es importante recordar que no necesariamente se deberá de tener un marco legal para la aplicación de la figura materia de estudio, como lo ha hecho Chile, que sin tener un dispositivo legal lo ha aplicado en un afán de proteger al trabajador, pues se evidencia que la parte empleadora a través de los llamados grupos económicos, ha pretendido evadir derechos laborales individuales y colectivos.

BIBLIOGRAFÍA

1. BORDA A., Guillermo. "El Velo de la Personería". Artículo ubicado en la Revista Jurídica Argentina LA LEY. Derecho Comercial Doctrinas Esenciales – Parte General Empresas y Personas del Comercio Prescripción. Tomo I. La Ley. Buenos Aires – Argentina. 2009.
2. CARRASCO GUARDA, Nicole Constanza. La doctrina del levantamiento del velo societario en el Derecho Laboral Chileno. Memoria para optar el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Valdivia – Chile. Año 2012.
3. DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo. La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia. Segunda Edición. Civita. Madrid – España.
4. DE TRAZEGNIE GRANDA, Fernando. "El rasgado del velo societario dentro del arbitraje". En *Ius et Veritas. Año XIV. N° 29. Lima – Perú. 2005.*
5. FERRARA, Francisco. Teoría de las personas jurídicas. Reus. Madrid- España. 1929.
6. GUERRA CERRON, J. Elena. "Levantamiento del Velo y Responsabilidad de las Sociedades Anónimas". Editora y Librería Grijley. Lima – Perú. 2009.
7. GUERRA CERRON, J. Elena. "Levantamiento del Velo y Responsabilidad de las Sociedades Anónimas". Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima – Perú. 2009.
8. HALPERIN, Isaac. Sociedades Anónimas. Segunda Edición. Depalma. Buenos Aires- Argentina. 1998.
9. LÓPEZ, Patricia. La Doctrina del Levantamiento del Velo y la Instrumentalización de la Personalidad Jurídica. Lexis Nexis, Santiago de Chile – Chile. Año 2003.
10. OBANDO PÉREZ, Roberto. "Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica". Ubicado en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_10.pdf el 14/01/2017.
11. PLA RODRÍGUEZ, Américo. "Los Principios del Derecho de Trabajo". Ediciones Depalma. Buenos Aires- Argentina. 1990.

12. JUNYENT BAS, Francisco y JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz. "La inoponibilidad de la persona jurídica a la luz del artículo 144 del Código Civil y Comercial de la Nación". Publicado en la Revista EL DERECHO- Diario de Doctrina y Jurisprudencia el 23 de octubre de 2017. Buenos Aires – Argentina.

Sentencias:

1. Cas. N° 698-99 Lambayeque, El Peruano, 04-11-1999.
2. STC N° 01388-2011-PA/TC. Ubicado en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01388-2011-AA.html el 15/01/2017.
3. STC N° 04072-2009-PA/TC. Ubicado en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04072-2009-AA.html el 10/01/2017.
4. STC N° 05859-2009- PA/TC. Ubicado en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05859-2009-AA.html el 15/01/2017.
5. EXP. Nº 7172-2006 BE(A), Vocal Ponente Dr. Omar Toledo Toribio.
6. EXP. Nº 5005-2011 BE(S), Vocal Ponente Dr. Omar Toledo Toribio.

TRANSFORMACIONES LABORALES: ENTRE EL PODER DE DIRECCIÓN, EL DEBER DE OBEDIENCIA Y LA RENUNCIA

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU[1]

I. INTRODUCCIÓN

El empleador, en tanto organizador de la actividad laboral, puede y requiere introducir cambios para asegurar el adecuado funcionamiento del centro laboral. Las empresas constantemente modifican y adecuan sus estructuras, procesos y áreas a la coyuntura. Las incesantes variaciones en el mercado y la competencia global, así como la exigencia de los accionistas y directorios de lograr eficiencias tiene impacto en los trabajadores. ¿Nuestra regulación se amolda a estas exigencias?

Las reorganizaciones societarias, las supresiones de áreas o procesos, el cambio de perfiles de puestos, la modificación de estructuras, etc. genera la necesidad de variaciones constantes en las funciones de los trabajadores, capacitaciones, cambios de categoría, supresiones o incrementos de tareas, reducciones de sueldos, desapariciones de puestos, traslados y hasta desvinculaciones.

Para estos efectos, el empleador legitimará su proceder en el elemento de la subordinación, condición principal que prevalece en toda relación de trabajo. Ejerciendo el poder de dirección con el que se encuentra investido y que emana de este elemento, podrá invocar el *ius variandi*, para ir adaptando las prestaciones de su personal, a las necesidades, cambios y condiciones que demanda el mercado. En muchos casos, inclusive, no se trata de una "evolución" empresarial, sino de medidas indispensables para que la propia empresa se mantenga a flote.

Cualquiera sea el contexto, el empleador puede adoptar decisiones unilaterales esperando que, del otro lado, se active un deber de obediencia por parte del trabajador; pero no se trata de una posición de supremacía absoluta. Para ciertos supuestos, que de aquí en adelante llamaremos modificaciones esenciales de las condiciones de trabajo,

[1] Profesor principal PUCP. Profesor en la U Pacífico. Abogado laboralista.

hay límites para el libre ejercicio del *ius variandi* del empleador, marcando el deber de seguir determinadas pautas o juicios de valor previos[2].

Esta exigencia no es injustificada. La potestad del empleador debe encuadrarse en un contexto de garantías mínimas para los derechos fundamentales del trabajador[3]. La falta de observancia de las pautas indicadas para introducir los cambios implicará la incursión en actos de hostilidad.

A efectos del presente artículo, nos dedicaremos al análisis de los efectos que se producen cuando el empleador modifica las condiciones de trabajo por razones justificadas -es decir, no existe una intención de causar un perjuicio al trabajador-, principalmente los cambios del tiempo de trabajo, la ubicación geográfica, la remuneración y la categoría del trabajador. Todos ellos constituyen aspectos relevantes de la relación de trabajo y cuentan con regulación expresa que blindaría al trabajador de actos arbitrarios, pero ¿esto ocurre efectivamente?

El artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR – TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, TUO de la LPCL), desarrolla las causales en virtud de las cuales un trabajador pueden activar el proceso de cese de actos de hostilidad intentando conseguir la paralización de los mismos u obtener la herramienta para declararse por despedido, pudiendo escapar de este contexto laboral adverso, con el derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario y eventualmente una indemnización por daños y perjuicios.

Analizaremos a continuación, si este procedimiento interno cubre satisfactoriamente todas las aristas a las que se enfrenta el trabajador denunciante: ¿constituye una real limitación a la modificación de elementos esenciales de la relación laboral?, ¿garantiza los derechos fundamentales del trabajador en todos los casos?, ¿puede un trabajador negarse a cumplir una orden del empleador?, ¿la ley otorga un mecanismo de reparación suficiente para todos los supuestos en los que el trabajador puede sentirse hostilizado e imposibilitado de continuar la relación laboral en los nuevos términos?

A modo de conclusión anticipada, en tanto que existe un reconocimiento de las necesidades de flexibilidad y adaptación permanente de las empresas, se establecen pasos a seguir para modificar, inclusive, condiciones esenciales de las relaciones de trabajo. Si bien se ha procurado limitar el ejercicio abusivo de la facultad de organizar y modificar la actividad laboral, existen extremos que, sin ser arbitrarios, son perjudiciales para el trabajador y sobre de los que no puede resistirse. Así, ¿el legislador mantiene el reconocimiento de la urgencia e importancia de un poder de dirección que organice la actividad laboral, volviendo tolerable el sometimiento del trabajador a posiciones desfavorables? Esta es la pregunta que intentaremos desarrollar en las siguientes líneas.

---

[2] Como se sabe, actualmente no existe una regla general o un listado que distinga, con claridad, cuáles son las modificaciones esenciales y no esenciales de la relación de trabajo.

[3] Entre otros, a los que haremos referencia: dignidad, remuneración equitativa y suficiente, trabajo, entre otros.

II. CONCEPTOS IMPORTANTES

Antes de analizar los supuestos indicados, consideramos oportuno fijar los conceptos a los que haremos referencia recurrente, a efectos que el lector maneje el mismo lenguaje y pueda atender (o cuestionar) nuestro análisis:

a. El elemento esencial de **subordinación** de la relación laboral se aprecia cuando, quien presta servicios, se encuentra bajo la dirección o dependencia del empleador. En efecto, el trabajador ofrece su actividad al empleador, para que sea este quien la dirija a cambio de una retribución. Para estos efectos, el empleador puede impartir instrucciones generales o específicas, enfocadas en regular, de la manera más adecuada a sus intereses, la actividad contratada[4].

b. El **poder de dirección** es, consecuentemente, el instrumento del que se sirve el empleador, en el marco de la relación de subordinación antes descrita, para disponer sobre la actividad del trabajador, organizándola, dirigiéndola y/o corrigiéndola, para la consecución de los fines trazados (perfectamente adaptables a las diversas necesidades de la empresa)[5].

c. El ***ius variandi*** es una facultad especial contenida dentro del poder de dirección, que le permite al empleador modificar y adaptar las formas de ejecución de la relación de trabajo, según las necesidades y cambios estructurales, organizativos, tecnológicos o análogos de la empresa[6] [7].

d. Por **actos de hostilidad equiparables al despido** debemos entender aquellos supuestos en los que el empleador se excede de las facultades de dirección y, por lo tanto, afecta de forma inaceptable los derechos de los trabajadores. Frente a ello, estos pueden controlarlos mediante el proceso denominado *cese de actos de hostilidad*, regulado en el artículo 30 del TUO de la LPCL, procurando obtener la interrupción de estos o, en su defecto, darse por despedidos obteniendo la reparación de la indemnización por despido arbitrario[8].

III. LA FACULTAD (Y NECESIDAD) DEL EMPLEADOR DE AJUSTAR SU ACTIVIDAD A LA REALIDAD:

[4] NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del trabajo. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 35-36.
[5] SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, 2013, pp. 124.
[6] Casación Laboral N° 8283-2012-CALLAO.
[7] Cierto sector de la doctrina refiere que, en todos los casos, debe versar sobre elementos no esenciales o accesorios de la relación laboral. No compartimos esta posición y anotamos que las modificaciones de condiciones esenciales de la relación de trabajo son posibles, pero previo cumplimiento de procedimientos y pautas fijadas por ley, es decir, no de forma libre ni directa como ocurre con los elementos no esenciales.
[8] Los actos de hostilidad no equiparables al despido solo pueden ser impugnados para que cesen, pero la obligación de cumplirlos existe y no hay posibilidad que el trabajador se dé por despedido ni exija la indemnización por despido arbitrario.

El empleador, en ejercicio del derecho a la libertad de empresa[9], ejerce una serie de facultades tendientes a su mantenimiento y desarrollo. La actividad empresarial, en efecto, se constituye para obtener resultados económicos favorables por lo que resulta indispensable ser eficiente y mantener una capacidad de adaptación permanente en un mundo oscilante y globalizado.

Lo expuesto no solo se debe a factores externos (competencia global, destinatarios finales, exigencias legales, entre otros), sino de factores internos (competitividad del personal, procedimientos internos rentables, vanguardia en capacitación y tecnología, entre otros). En un mundo cada vez más globalizado, la competencia (y/o necesidad de no desaparecer), exige que las empresas miren más allá de su propio territorio nacional (lo que ya supone un amplio espectro) y encuentren formas ingeniosas de ser elegibles –permanentemente– en el mercado mundial. El reto es ser, permanentemente, competitivos.

Naturalmente, para mantener esta maquinaria en funcionamiento, el empleador debe poseer facultades amplias que le permitan, entre otros aspectos, dirigir, fiscalizar y sancionar a sus trabajadores; además, adecuar las condiciones de trabajo, cuando la realidad lo exija y sea razonable[10]. No obstante, actualmente -salvo lo previsto para las modificaciones de tiempos de trabajo– no existe un procedimiento o norma que permita al empleador modificar, de forma sustancial, condiciones de trabajo.

La ley de facultades del empleador, publicada mediante Decreto Ley N° 25921, del 27 de noviembre de 1992, fijaba un procedimiento para modificar tiempos de trabajo, suspender o sustituir prestaciones económicas y condiciones de trabajo e, inclusive, suspender temporalmente la relación laboral, con excepción de los casos previstos en el Decreto Legislativo N° 728. De hecho, ambos dispositivos se complementaban. Esta norma procuraba regular el poder de dirección mediante un procedimiento especial de modificación de condiciones de trabajo esenciales (pues las no esenciales podían ser variadas sin dificultad), ordenando a los empleadores a comunicar a los trabajadores las modificaciones propuestas y sus fundamentos, dejando abierta la posibilidad de que estos manifestasen su desacuerdo; en cuyo caso, correspondía al Ministerio de Trabajo resolver la controversia.

Sin embargo, su vigencia fue de solo tres años, tras derogarse por la Ley N° 27671, del 28 de julio de 1995. Desde entonces, no se ha dispuesto un procedimiento

[9] Recogido en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú.

[10] Pero lo que hasta el momento se ha descrito como necesidades del empleador, debe leerse en el marco de un contrato de trabajo, que no es otra cosa que un acuerdo bilateral de derechos y obligaciones involucrados, volviendo el tema complejo. Del lado de los trabajadores, en efecto, también pueden existir pretensiones sobrevenidas a la firma del contrato, por ejemplo: ajustes en la remuneración, flexibilidad en las formas de ejecutar la actividad, procedimientos eficientes que reduzcan el impacto físico o mental de la prestación de servicios, facilidades para la conciliación de la vida laboral y personal, protección de aspectos de su intimidad y datos personales, entre otros. Muchos de ellos se contraponen, directamente, con las pretensiones del empleador.

semejante, salvo en lo relativo a la modificación de tiempos de trabajo, actualmente recogido en el Decreto Supremo N° 007-2002-TR[11].

La consecuencia de lo indicado es que la potestad del empleador se encuentra permitida (o limitada) por la ambigüedad. También la decisión del trabajador de accionar los mecanismos que le otorga la ley. Al no existir regulación aplicable y solo hacer referencia a criterios generales como la razonabilidad, proporcionalidad y objetividad[12], nos quedamos en el contexto de la incertidumbre, a la espera de que, en cada caso concreto y en juicio, se determine si la medida adoptada fue adecuada, proporcional, justificable o, consecuentemente, si el trabajador hizo bien en darse por despedido de la empresa[13].

En términos más sencillos, la inexistencia de un procedimiento claro termina favoreciendo un escenario ambiguo en la regulación de las modificaciones de las condiciones de trabajo[14]; en el que, por un lado, el trabajador se encuentra desprotegido por la anomia legislativa y, por el otro, el empleador no tiene certeza de la introducción de una modificación. Consideramos que la sustitución del control administrativo que establecía el Decreto Ley N° 25921, por un control judicial posterior a la medida y sin un procedimiento interno previo al cambio (derecho de información, posibilidad del trabajador de exigir reuniones, etc.), no es necesariamente la mejor alternativa de cara a la seguridad jurídica de ambas partes.

Al final, de todos modos, el empleador toma la decisión de asumir un riesgo e imponer una medida, bajo la confianza de que los beneficios para su actividad serán mayores y que su motivación y sustento son válidos. Esto implicará, en muchos casos, que los trabajadores tengan que afrontar situaciones que no necesariamente se enmarcan en los alcances de la ley (y que no se reconocen como tales si no se judicializan) o que, haciéndolo, admiten cierto grado de perjuicio y no lo sancionan o reparan, de ningún modo. En otras palabras, al no existir un procedimiento interno de modificación de condiciones de trabajo, será finalmente el Poder Judicial quien, finalmente y tras un largo proceso judicial, resuelva si estuvimos o no frente a una modificación válida de las condiciones de trabajo.

---

[11] Autores Varios. "*Nuevas formas de ejercer el poder de dirección. Cambios en la regulación del ius variandi".* En: Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 25 ensayos que analizan la reforma laboral individual. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pp. 56-57.

[12] Del artículo 9 del TUO de la LPCL y senda jurisprudencia aplicable.

[13] En este sentido se pronuncia PLA RODRIGUEZ, Américo. *"Curso de Derecho Laboral"*. En: FERRO DELGADO, Víctor & GARCÍA GRANARA, Fernando. Derecho Individual del Trabajo. Materiales de enseñanza. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, pp. 83. En concreto señala que la razonabilidad, planteada como límite de actuación del empleador en el ejercicio del poder de dirección y en las modificaciones de condiciones de trabajo, es un concepto indeterminado que solo puede definirse en cada caso concreto (verificando la existencia de causas objetivas, demostrables y justificadas).

[14] Esta es un tema que sí está tratado en el Proyecto de Ley General de Trabajo. En efecto, en los artículos 104 y siguientes, regula un procedimiento para la modificación del lugar de trabajo y desde el 108 en adelante, un procedimiento general para modificar condiciones sustanciales de la relación laboral.

Debemos señalar que la regulación del *ius variandi* como tal, no ha sufrido sustanciales modificaciones en los últimos veinticinco años. Todo cuanto hubiese podido crearse, modificarse o eliminarse, se ha promovido, en su absoluta mayoría, desde la jurisprudencia aplicable que analiza los criterios de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad, exigidos a todo empleador que adopta medidas que cambian, de algún modo, la relación de trabajo. Entonces, las restricciones, matices, teorías y demás criterios aplicables se han construido sobre casos concretos y reales, procurando marcar una línea uniforme y coherente, que de predictibilidad a los administrados.

En cambio, el listado de actos de hostilidad equiparables al despido (que no es otra cosa que la herramienta en virtud de la cual los trabajadores le hacen frente a los pretendidos cambios esenciales en la relación de trabajo) sí ha sufrido importantes modificaciones:

Supuesto	***Antes***	***Ahora***
No pago de remuneración	Falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito, comprobados.	Mismo texto.
Reducción de remuneración / categoría	Reducción inmotivada de la remuneración o categoría	Ya no señala "inmotivada" e incorpora como acto de hostilidad al incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso laboral.[15]
Traslado de lugar de trabajo	Traslado a lugar de trabajo distinto en el que habitualmente presta servicios, con intención de causarle perjuicio.	Mismo texto.
Medidas de higiene	Inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida o salud del trabajador	Mismo texto.
Violencia o faltamiento grave de palabra	Violencia o faltamiento grave de palabra contra el trabajador o su familia.	Mismo texto.
Discriminación	Actos de discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma.	Incorpora al listado previo: discapacidad o de cualquier otra índole[16].
Actos contra la	Actos contra la moral,	Simplifica a: actos contra la

[15] Artículo 30 b), modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30709, publicada el 27 diciembre 2017.
[16] Literal modificado por la Sétima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nº 29973, publicada el 24 diciembre 2012.

moral y otros	hostigamiento sexual y todos aquellos que constituyan actitudes deshonestas que afecten la dignidad del trabajador.	moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador[17].
Ajustes razonables – discapacidad	No regulado	Negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad[18].

Lo expresado puede traducirse como la intención del legislador de precisar para mejorar los supuestos en virtud de los cuales los trabajadores pueden adoptar medidas de respuesta / resistencia, frente a los empleadores que ejecuten medidas excediendo de aquello para lo que sí se encuentran facultados.

IV. MODIFICACIONES ESENCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO:

Desarrollaremos algunos de los supuestos de modificación de aspectos esenciales de la relación laboral, tratando de plantear casos hipotéticos que pueden no tener adecuada protección o respuesta, en el marco del procedimiento de cese de actos de hostilidad[19]:

IV.1. Modificación geográfica de la prestación de trabajo:

Según lo establece el inciso c) del artículo 30 del TUO de la LPCL, se considera un acto de hostilidad equiparable al despido, el traslado del trabajador a un lugar distinto de aquel en el que habitualmente presta sus servicios, con el propósito de causarle perjuicio. En la misma línea se instituye el artículo 50 del Decreto N° 001-96-TR – Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo (en adelante, RLFE), que ratifica la necesidad de que exista un propósito deliberado de ocasionar un perjuicio con el traslado al trabajador.

La interpretación que merecen ambos artículos es que no todo traslado, *per se*, entraña la intención de generar perjuicio. Dicho de otro modo, en tanto la medida esté justificada en criterios de razonabilidad, objetividad, proporcionalidad y las necesidades legítimas del empleador, la decisión adoptada será válida. Es claro, entonces, que el juicio previo a la ejecución de la medida es ineludible.

[17] Inciso modificado por la Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 27942, publicada el 27 de febrero de 2003.

[18] Literal incorporado por la Sétima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nº 29973, publicada el 24 diciembre 2012.

[19] El ordenamiento español no utiliza la denominación “actos de hostilidad”; en cambio, se refiere a la modificación de condiciones de trabajo. También se ocupa de regular las condiciones o cualidades sustanciales, aunque para ello, se sirve de una cláusula abierta. Así, presenta un listado referencial dentro del que se encontrarán, entre otros, los supuestos de modificación que a continuación analizamos: a) jornada de trabajo, b) horario y distribución del tiempo de trabajo, c) régimen de trabajo a turnos. d) sistema de remuneración y cuantía salarial, e) sistema de trabajo y rendimiento y f) funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional.

Sobre la movilidad geográfica, es preciso distinguir entre: (i) el traslado de un trabajador de un centro de trabajo a otro[20] y; (ii) el traslado de todo el centro de trabajo a un nuevo lugar. A nuestro entender, el referido inciso c), solo se refiere al primer caso, dejando libre el segundo supuesto. Por lo tanto, frente al movimiento de todo el centro de trabajo, el personal, en ningún caso, tendría derecho a obtener una indemnización como consecuencia de la resolución unilateral del contrato de trabajo.

En este contexto, ¿qué le queda al trabajador que es notificado con el traslado de todo su centro de trabajo a otro distrito alejado de su vivienda o, inclusive, a otro departamento? ¿No basta con que demuestre que el cambio le genera perjuicio económico (más pasajes), personal (levantarse más temprano y cambiar sus rutinas, tener estudios programados considerando su jornada habitual y tiempos de traslado) o familiar (tener que dejar a su familia para mudarse a otro lugar)? La respuesta es no.

La ley y la jurisprudencia (de forma mayoritaria) nos dice que no basta que se genere algún efecto adverso en su esfera personal. Lo indispensable será conseguir la evidencia suficiente de que el propósito final del empleador era perjudicarlo. Solo de este modo podrá considerarse un acto de hostilidad. Esto quiere decir que se traslada a la parte más débil y con menor acceso a la información, la responsabilidad de encontrar sustento válido para acreditar la motivación del empleador. Así, por ejemplo, tenemos la siguiente ejecutoria a título ejemplificativo (Casación N° 505-2010-LIMA):

> *"Décimo Primero: Los actos de hostilidad constituyen precisamente supuestos en los cuales el empleador se excede en sus facultades de dirección, (…) Décimo Tercero: Conforme se ha acreditado por las instancias judiciales, la Contraloría General de la República ha efectuado el traslado temporal del actos dentro del marco de una política general de descentralización de dicha institución iniciada desde el año 2013 (…) Décimo Cuarto: Asimismo, se ha acreditado que el cuestionado traslado no ha implicado un perjuicio en su cargo, categoría y remuneración (…) no obedece a un deliberado propósito de causarle perjuicio al trabajador ni propiciar su renuncia a la institución, sino que dicha facultad de dirección se sustenta en criterios objetivos y razonables que procuran satisfacer una necesidad institucional, sin que ello suponga una limitación intensa y desproporcionada en los derechos fundamentales del trabajador".*

En la misma línea el Tribunal Constitucional ha resuelto:

[20] No se evidenciaría la existencia de un acto de hostilidad cuando: (i) el trabajador acepta el cambio, valorando esto como una negativa de perjuicio, (ii) cuando había sido previamente pactado en el contrato de trabajo, manifestando su conformidad, salvo que existiesen situaciones excepcionales que justifiquen una revisión de lo acordado y (iii) cuando es razonable por el tipo de actividad o funciones que realiza el trabajador.

> *"(…) la Ley reconoce la atribución del empleador para trasladar al trabajador; no obstante, lo cual le impone el deber de ejercer dicha atribución de buena fe; es decir, sin la intención de ocasionarle un perjuicio, de tal suerte que solo en el caso de que el traslado del trabajador haya estado motivado por un afán de perjudicarlo, el mismo será contrario a la Ley. En el caso de autos, sin embargo, el demandante no ha acreditado que la intención de su empleador haya sido la de causarle un perjuicio, por lo que no corresponde estimar la demanda".*

Lo expresado ha sido ratificado por destacados exponentes de la doctrina. Así, en palabras de BLANCAS BUSTAMANTE, el supuesto de movilidad geográfica únicamente se configura por la concurrencia de dos elementos: (i) el elemento objetivo, constituido por el traslado físico del trabajador a un centro de trabajo localizado en un ámbito geográfico distinto; y; (ii) el elemento subjetivo, que radica en el "deliberado propósito" del empleador de ocasionar, con dicha decisión, un perjuicio al trabajador[21].

La jurisprudencia ha ido matizando la rigurosidad de esta causal, buscando dotar de mayor protección a los derechos del trabajador frente a las decisiones de la empresa, pero siempre haciendo referencia a un ejercicio abusivo del derecho, a un uso extremo de la facultad del empleador. En otras palabras, no encontramos un caso donde se anule un traslado cuando no había un abuso de las facultades del empleador, sino un ejercicio razonable y justificado de las mismas. A continuación, algunos ejemplos:

- <u>Decisión del empleador no admite el abuso de derecho y la rigurosidad de las pruebas a presentarse deben ponderarse:</u> Casación Laboral N° 505-2010-LIMA:

> *"(las exigencias legales) no suponen una acreditación exhaustiva del propósito de ocasionarle perjuicio al trabajador. Ello se satisface ofreciendo los indicios y medios de prueba idóneos que permitan advertir que el ejercicio de la facultad de dirección o ius variandi por pate del empleador, no se ha sujetado a los límites que impone el principio de razonabilidad, sino que, por el contrario, haciendo un uso abusivo del mismo, menoscaban y denigran los derechos fundamentales del trabajador"*.

  Se atendió a que, en cada caso particular, el juez debía ponderar las exigencias de prueba de los excesos en el ejercicio de las facultades del empleador.

- <u>Derechos específicos e inespecíficos involucrados en la medida del empleador:</u> Casación Laboral N° 2456-2014-LIMA:

> *"**<u>Décimo cuarto:</u>** En el caso del ius variandi en materia de traslado del lugar donde se presta servicios corresponderá verificar si tal*

[21] BLANCAS BUSTAMANTE. El despido en el Derecho Laboral Peruano. Tercera edición.2013 Jurista Editores. Pag 670.

> *acto es ostensiblemente arbitrario y afecta en forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del trabajador o de su núcleo de familia. Particularmente cuando el empleador, en uso del ius variandi, modifica las condiciones de empleo de una trabajadora en estado de gestación o lactancia, corresponderá analizar tal acto tomando en cuenta los derechos de la trabajadora a no ser discriminada, a la especial asistencia y protección del Estado conforme a la Constitución, a la protección de la vida como valor fundamental dentro del ordenamiento constitucional; la familia como institución básica de la sociedad y la prevalencia de los derechos de los niños.*
>
> *Sin embargo, se debe dejar establecido que no toda variación de las condiciones laborales constituye una afectación, pues debe existir dentro de cada caso en concreto, prueba de que dicha variación afecta los derechos fundamentales de la trabajadora y, por consiguiente, las condiciones dignas y justas en las cuales debe desarrollarse la relación laboral, o de que la variación se da por su condición de gestante."*

Se atendió a que la demandante alegó que el traslado a otra ciudad le impedía el cuidado de su menor hija, cuyo cuidado no tenía a quien encargarle. En ese caso, se privilegió tal condición, inclusive, frente a lo establecido en el contrato de trabajo, que preveía la posibilidad del traslado.

IV.2. Modificación de tiempos de trabajo:

De acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo N° 007-2002-TR y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR, se permite que el empleador pueda establecer o modificar las jornadas atípicas o especiales de trabajo, jornadas de trabajo acumulativas o compensatorias, turnos de trabajo, días de trabajo con descansos remunerados especiales, horarios de trabajo, etc., en tanto las razones de productividad así lo ameriten y se respeten los topes máximos establecidos por la Constitución y el procedimiento de ley. Es posible que, incluso observando todo lo indicado, se ejecuten las medidas aún en manifiesto rechazo por parte de los trabadores afectados con la decisión, quienes deberán acatarla, sin perjuicio de que la objeten ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

A nuestro parecer y, pese a no estar recogido en la lista de cese de actos de hostilidad equiparables al despido, el tiempo de trabajo, es decir, la inversión que uno determina, de su día a día, para ejecutar una actividad retribuida, constituye un elemento esencial de la relación laboral y que puede ser determinante para que cualquier persona opte o descarte, prestar sus servicios a favor de un tercero.

No obstante su importancia, se aprecia que el legislador les ha concedido a los empleadores un amplio margen de actuación en la modificación de los tiempos de trabajo, aun cuando genere un perjuicio al trabajador.

Esta elección es significativa pues soporta la flexibilidad que debe existir para que la empresa alcance los fines económicos a los que hicimos referencia al inicio del presente artículo, pero se contrapone o puede contraponer con el reciente desarrollo normativo que apunta a conciliar la vida familiar, personal y profesional.

En efecto, la ausencia de predictibilidad, más aún en caso como el de la extensión inconsulta de las jornadas hasta el tope de cuarenta y ocho (48) horas semanales, aun cuando justificada, implica que el personal esté supeditado a tener que variar sus rutinas e, inclusive, compromisos a corto, mediano o largo plazo, que no tengan que ver con el ámbito laboral. Algunos ejemplos: estudios de diversa índole, actividades de desarrollo personal, obligaciones familiares, tiempo de ocio, entre otras.

Frente a estas situaciones, los trabajadores tampoco cuentan con mecanismos de resistencia que les permita negarse a la ejecución de las actividades en los referidos términos y tampoco darse por despedidos solicitando el pago de la indemnización por despido arbitrario.

La larga espera que deben enfrentar, en caso de impugnar esta medida ante la Autoridad de Trabajo y en el Poder Judicial implica que, en muchos casos de modificaciones de tiempos de trabajo temporales, se tenga una resolución cuando ya el perjuicio se ha configurado y no hay posibilidad de revertirlo.

IV.3. Modificación de remuneración y categoría del trabajador:

En este acápite trataremos dos tipos de modificación que, aunque diferentes, se regulan en el mismo literal b) del artículo 30 del TUO de la LPCL.

La **modificación de remuneración**, para estos efectos, constituye cualquier reducción inmotivada de la remuneración, que ejerce el empleador. Por remuneración deberemos entender a toda contraprestación por los servicios del trabajador o por la puesta a disposición de sus capacidades de trabajo. Tiene protección constitucional y ostenta naturaleza alimentaria por ser indispensable para la subsistencia del trabajador y su familia[22].

Existe consenso a nivel jurisprudencial, sobre que la reducción de remuneración solo es válida en contextos especiales y justificados, respetando mínimos necesarios como la RMV. Además, que debe formularse por escrito, mediante acuerdo individual entre las partes[23] (lo que supone la manifestación libre y expresa de su voluntad) y acorde

[22] Según el literal a) del artículo 1 del Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 13284, debemos entender por remuneración: *"(…) el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente al trabajador, en concepto del empleo de este último".*

[23] Casación Laboral N° 19803-2015-LIMA.

a los alcances de la Ley N° 9463[24] pues, de lo contrario, se vulneran los derechos de los trabajadores.

Se admite también la reducción de remuneraciones por acuerdo colectivo, cuando la reducción de remuneraciones tiene como origen alguna de las causas objetivas previstas para la terminación de los contratos de trabajo en el artículo 46 del TUO de la LPCL. En dicho caso, se justifica por caso fortuito, fuerza mayor, motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, la disolución y liquidación de la empresa y la quiebra o restructuración patrimonial[25].

Esta definición nos lleva a concluir que, más allá de los derechos gozados por el personal, en materia remunerativa hasta antes del cambio, es perfectamente viable acordar la reducción de la remuneración, cuando se encuentre debidamente motivada[26].

En este sentido se pronuncia la Corte Suprema en la Casación N° 9582-2012-PUNO, cuando señala lo siguiente:

> *"**SETIMO.-** (…) De estos dispositivos legales se verifica que, para que la reducción de remuneración o categoría pueda considerarse acto de hostilidad equiparable al despido, debe tener las siguientes características: i) debe ser inmotivada, lo que comprende la ausencia de motivación objetiva o legal; y, ii) debe haber sido dispuesta por decisión unilateral del empleador".*

La comisión de actos de hostilidad por la referida causal, afectan la dignidad del trabajador, así como su derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual[27].

¿Pero qué ocurre cuando la única medida para la subsistencia de la empresa implica ajustar las remuneraciones? ¿Qué pasa cuando la propia Autoridad de Trabajo ha denegado la autorización de cese colectivo por considerar que la empresa no está

---

[24] Ley que dispone que la reducción de remuneraciones aceptada por un trabajador no perjudicará los derechos adquiridos por servicios ya prestados, debiendo computársele las indemnizaciones por años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas hasta el momento de la reducción.

[25] Casación Laboral N° 13782-2015-LIMA.

[26] No podemos dejar de mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 0020-2012-AI, que admite la posibilidad de que el empleador reduzca unilateralmente la remuneración. En efecto, interpretando los artículos pertinentes de la LPCL y el RLFE, concluye que la reducción motivada (por causa objetiva o legal), puede ser determinada por la sola voluntad del empleador. En nuestra opinión, esta es también ilegal, pero no puede impugnarse vía procedimiento de cese de actos de hostilidad, sino que debería hacerse por incumplimiento de contrato de trabajo o no pago suficiente y oportuno de la remuneración. No entenderlo de este modo, admitiría la posibilidad de que el empleador, por su sola voluntad (con una causa justa de por medio, si cabe), violente el derecho fundamental a la remuneración, constitucionalmente protegido y desnaturalice las obligaciones bilaterales del contrato laboral. Esta opinión, evidentemente, no se extiende si la reducción de remuneración se sustenta en un mandato legal o judicial. Asumimos que cualquier intervención legislativa de esta naturaleza se sustentaría en situaciones excepcionales y previo test de ponderación.

[27] Casación Laboral N° 210-2010-LAMBAYEQUE.

habilitada? ¿Cómo se puede cumplir los acuerdos recogidos en convenios colectivos si es materialmente imposible hacerlo sin restarle vida útil a la fuente de ingresos de todo el personal?

Ninguno de estos aspectos es atendido por la legislación vigente y la jurisprudencia se ha mantenido renuente a conocer sobre estos casos. Lo cierto es que este es el aspecto, de todos los analizados, que probablemente cuenta con una protección más vehemente. Suele ocurrir que cualquier supuesto de afectación no autorizada de la remuneración, bajo el respaldo de la protección constitucional que posee, es rechazado y revertido, no importa cuál sea el sustento detrás. Incluso si este garantiza la subsistencia de la propia relación de trabajo.

Estamos pues, ante un plano sensible para el prestador de servicios, pero también para el empleador, que procura, en muchos casos, el mantenimiento de la empresa para sus propios intereses y, consecuentemente, para intereses de los trabajadores quienes perderían el empleo.

Sobre la **modificación de categoría**, debemos partir por señalar que la Ley no define lo que debemos entender por ella, de modo que surgen una serie de interrogantes sobre si esto se refiere al nivel del cargo dentro de la estructura empresarial o también a las modificaciones radicales sobre las funciones encargadas, aun cuando se mantenga la denominación y el nivel del puesto.

Todo trabajador, al ingresar a laborar[28], ostenta un título o posición dentro de la empresa, en función de su calificación profesional y sobre la cual se lo categoriza, más allá de la nomenclatura. De este modo, participa de una clasificación horizontal (cuando se reconocen otras posiciones iguales o equivalentes dentro de la misma categoría) o vertical (cuando se le reconoce un nivel superior o inferior respecto de otros, en una estructura jerárquica)[29].

Desde nuestra posición, la denominación (y los cambios respecto de ella) son inocuos y no constituyen o no deberían constituir supuestos de actos de hostilidad. Ello, mientras se respete el nivel asignado y las funciones que, aun cuando pueden variar, deben ser propias de la posición y el nivel que se desempeña (aunque sea totalmente distintas, inclusive).

En este contexto, el ejercicio de la facultad del *ius variandi* es posible; sin embargo, adoptado fuera de los criterios de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad,

[28] Con mayor claridad ahora, tras la promulgación de la Ley N° 30709 –Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres- y su Reglamento -aprobado por Decreto Supremo N° 002-2018-TR-, que establecen la obligación de las empresas de contar con un cuadro de categorías y funciones y notificar al trabajador sobre su ubicación en el mismo.

[29] ALONSO OLEA, Manuel y CASA BAAMONDE, María. Derecho del Trabajo. Madrid. Editorial Universal Complutense de Madrid, 1995, p. 277.

antes enunciados, constituye un acto de hostilidad; toda vez que la reducción de categoría sin justificación origina un perjuicio al trabajador[30].

En efecto, la propia Corte Suprema reconoce y admite la validez de esta posición, rechazando que cualquier variación de funciones configure un acto de hostilidad por reducción de categoría:

> *"**Décimo Primero:***
>
> *(…) En consecuencia, el retiro de las funciones del demandante como "Secretario de la Notaría Eclesiástica", para que efectúe su función principal vinculado al control patrimonial de manera más eficiente, de acuerdo al Acta de Reunión de fecha ocho de mayo de dos mil catorce, es una medida que se encuentra al amparo de la facultad de ius variandi que forma parte del poder de dirección de la demandada, la cual ha sido bajo los criterios de razonabilidad y que no afectó los derechos del trabajador.*
>
> *(…) esto no supone de manera automática que la parte demandada haya incurrido en actos de hostilidad en contra del actor, pues, para que se configure dicho supuesto, es necesario que se acredite la disminución de categoría y, con ello, el perjuicio ocasionado por la rotación; supuestos que no se advierten en autos"*[31].

Lo que se protege, en este caso, aun cuando se respete la remuneración asignada al cargo original, es la dignidad del trabajador con ocasión de una movilidad funcional vertical descendente.

Hasta fines del 2017, la regulación de esta causal, incluida la de reducción de remuneración, indicaba la necesidad de que fuese inmotivada. Sin embargo, dicha referencia fue retirada, dejando abierta la interpretación de que cualquier tipo de reducción podía ser considerada un acto de hostilidad. A nuestro parecer, la eliminación del referido término solo exige que cualquier decisión se adopte con la debida justificación (como ocurre con las demás causales) y no que es imposible aplicar reducciones incluso cuando estas sean indispensables o tengan sustento objetivo y, evidentemente, este no sea perjudicar únicamente al trabajador.

La pregunta es, ¿cómo con esta regulación deficiente o inexistente, podemos medir, con absoluta certeza, las consecuencias de nuestras decisiones? Y esto no solo

---

[30] En ese sentido se pronuncia la Casación N° 1932-98-LIMA, que señala lo siguiente: *"(…) La estructura organizativa de una empresa responde a las actividades, objetivas, funciones, número de trabajadores y otros factores (…) la disminución en la categoría como acto de hostilidad no se determina en función de la variación de la remuneración efectiva percibida con la que aparece en la nueva estructura para el cargo reasignado, sino en la carencia de la diminución de la categoría causándole perjuicio al trabajador".*

[31] Casación Laboral N° 846-2016-JUNIN.

desde el lado del empleador, sino que, principalmente, desde el lado del trabajador, que por considerarse inmerso en una causal renuncia a su fuente de ingresos.

Nuevamente se pone en relieve la importancia que el legislador participe estableciendo los márgenes sobre los que las partes podrán moverse, de modo que se pueda medir el riesgo de aplicar una medida (sin temor a que se imponga luego el pago de la indemnización) o resistirse a una decisión arbitraria del empleador, dándose por despedido (sin correr el riesgo de perder el empleo y no poder cobrar ningún tipo de resarcimiento).

V. PROCEDIMIENTO DE CESE DE ACTOS DE HOSTILIDAD Y RESISTENCIA A LAS ÓRDENES DEL EMPLEADOR – ALGUNOS COMENTARIOS COMPARADOS

Como hemos indicado previamente, en ningún caso se admite que el empleador ejerza modificaciones o cambios en la relación de trabajo de forma arbitraria. Ello constituiría un uso ilegítimo de su poder de dirección.

No obstante, existe la presunción de la legitimidad de las órdenes y actos del empleador, de modo tal que, cualquier cuestión que se ordene debe ser, en principio, satisfecha por el trabajador y posteriormente reclamada (principio de *solve et repete*). No hay, además, salvo los casos de tiempos de trabajo, un plazo para comunicar la modificación, derecho de información mínimo, posibilidad de reuniones entre las partes, etc.

Adicionalmente, el procedimiento está instaurado de modo tal que se debe transitar por una instancia de validación interna en determinados supuestos[32] y, solamente ante la persistencia en el mandato supuestamente ilegítimo, se puede acudir a sede judicial (por pago de indemnización por despido arbitrario para actos de hostilidad equiparables al despido) y por controles judiciales directos (para actos de hostilidad no equiparables al despido). Esta separación de actos de hostilidad resulta harto cuestionable, todos deben tener el mismo tratamiento.

La excepción a esta regla, que permite la resistencia del trabajador, no se encuentra expresamente regulada en nuestro sistema jurídico, pero es admisible por los bienes jurídicos que tutela. Su ejercicio se reconoce por vía indirecta y opera cuando el trabajador considera inaceptable el cumplimiento de un mandato por vulnerar alguno de sus derechos fundamentales de forma irremediable, negándose a lo requerido. Frente a ello, el empleador aplicará la sanción que estime pertinente, respecto de la cual el trabajador podrá impugnarla en sede judicial. De obtener un fallo favorable habrá, sin

[32] En esta, se notifica al empleador, concediéndole un plazo de 6 días para que explique o enmiende su conducta; luego de los cuales, puede aceptar la respuesta ofrecida por el empleador o darse por despedido si esta no resulta satisfactoria a lo solicitado.

duda, obligado al empleador a variar su mandato, exonerándose de todo tipo de responsabilidad por el incumplimiento efectuado.

Evidentemente, el riesgo que asume el trabajador es elevado pues la judicatura puede resolver validando la modificación de condiciones de trabajo y por eso no puede invocar este derecho de resistencia frente a cualquier mandato del empleador. Los supuestos deben ser, por decir lo menos, claros, para desconocer la relación de subordinación que lo une al empresario. Algunos casos en donde esto sería posible[33]:

- Cuando las órdenes atentan contra la dignidad.
- Cuando las órdenes implican la comisión de un ilícito civil o penal.
- Cuando las órdenes generan una afectación a la integridad física o salud del trabajador o terceros.

Cualquiera sea el escenario de emplazamiento (por cese de actos de hostilidad o resistencia a las órdenes del empleador), a la fecha, luego de agotada la vía interna, las partes solo pueden esperar a que un juez determine la posición prevalente; cuestión no solo costosa y engorrosa en nuestro medio, sino que dé respuesta ineficiente para la urgencia de aquello sobre lo que se debate.

VI. CONCLUSIONES

El ejercicio del *ius variandi* no ha sido objeto de modificaciones relevantes a nivel legislativo, como sí lo han sido los supuestos de actos de hostilidad que son su contrapartida. Sumado a ello, la jurisprudencia ha establecido requisitos y condiciones adicionales a considerar, delimitando el accionar del empleador.

No obstante, el diseño del procedimiento exige que los trabajadores tomen la decisión de conocer y valorar los cambios que se producen en la relación de trabajo (que podrían, inclusive, llegar a ejecutarse sin ningún tipo de comunicación previa) para iniciar el proceso de cese de actos de hostilidad. Su tramitación y términos (en caso el empleador no opte por corregir la conducta), no es una garantía de tutela automática para el trabajador, quien deberá transitar por un proceso judicial de indemnización por despido arbitrario, en el que se evaluará si la decisión de darse por despedido fue o no legítima.

Existen diversos supuestos que no se encuentran recogidos en el listado de actos de hostilidad (modificación del tiempo de trabajo o los cambios de condiciones de trabajo que no tienen una intención de causar un perjuicio del empleador). Tratándose de una lista cerrada, no cabe la interpretación analógica para incorporar más escenarios. Esto lleva a que los trabajadores afectados deban evaluar si existen otras vías para hacer valer sus derechos.

Esto determina que los trabajadores se vean obligados a dejar sus empleos, sin ningún tipo de reparación, por considerarse que la decisión de hacerlo recae en su incapacidad de adaptación a las nuevas exigencias (con causa justa) del empleo. En

[33] Comparativamente, en la jurisprudencia española, se fijan otros supuestos tales como: órdenes discriminatorias, abuso de derecho e ilícitos laborales.

estos supuestos, solamente es posible intentar la vía indemnizatoria de daños y perjuicios aplicando el Código Civil supletoriamente.

Existe también la posibilidad de ejercer el derecho de resistencia, aunque constituye una medida extrema y que debe ser utilizada de forma restrictiva dada la relación de subordinación laboral. La actuación del trabajador implica un desacato a la orden del empleador que trae consigo la imposición de una sanción que, en última instancia, será anulada o respaldada en sede judicial. Este proceso, sin embargo, no es solo extenso sino oneroso para el trabajador que impugne las medidas disciplinarias (amonestaciones, suspensiones y hasta el despido).

La propuesta de establecer una regulación de modificación de condiciones de trabajo es necesaria, que fije un aviso previo y derecho de información del trabajador, así como la posibilidad de sostener reuniones entre las partes que eviten o generen cambios menos gravosos para el trabajador. A su vez, tratándose de modificación de condiciones esenciales de trabajo, se debería otorgar al trabajador la posibilidad de extinguir la relación laboral y exigir la indemnización por despido arbitrario como regla; en caso que no exista una justificación sobre la necesidad de introducir el cambio, se debe permitir que el trabajador exija una indemnización por daños y perjuicios.

Finalmente, se debería establecer una lista abierta de actos de hostilidad. En rigor, cualquier acto del empleador que carezca de una justificación objetiva y razonable debería calificar como acto de hostilidad, y otorgar al trabajador la posibilidad de optar entre el cese de dicha hostilidad o el término del contrato de trabajo.

El mercado laboral que regula el Derecho del Trabajo se transforma constantemente. La regulación laboral en materia de condiciones de trabajo no ha cambiado en lo esencial. Se requiere de cambios urgentes, para fijar un procedimiento de modificación de condiciones laborales que reconozca una tutela previa y posterior a los trabajadores, pero, a su vez, que permita la introducción de cambios en la relación laboral cuando existe causa objetiva y responda a una necesidad del empleador. De un lado, hay anomia legal que genera desprotección laboral y, de otro lado, rigidez que resta competitividad para la adecuación a un mercado global y dinámico.

ANÁLISIS DEL INFORME DE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN SOCIAL

LINEAMIENTOS PARA UNA REFORMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL CONSIDERANDO ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

ÁLVARO VIDAL BERMÚDEZ[1]
SERGIO VELASCO OSORIO[2]

A partir de lo establecido por las Normas Internacionales del Trabajo relativas a la seguridad social, en particular el Convenio núm. 102[3] de la Organización Internacional del Trabajo - OIT (Norma Mínima de Seguridad Social), la Recomendación OIT núm. 202 sobre Pisos de Protección Social, la Constitución Política del Estado, las Observaciones y Recomendaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), las conclusiones de varias Conferencias Internacionales del Trabajo, el objetivo de la presente nota técnica es desarrollar algunas propuestas de lineamientos para una reforma integral de la seguridad social en el Perú.

I. CONSIDERACIÓN NECESARIA DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENIOS INTERNACIONALES

La Constitución política peruana de 1993 reconoce un modelo de Estado Democrático y Social de Derecho (artículo 43°) siendo consustancial a este modelo constitucional el reconocimiento de un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales. La Constitución señala en su primer artículo que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado" y a continuación consagra que toda persona tiene derecho "a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar". Reconoce el

[1] Profesor de Seguridad Social de la PUCP. Director General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
2 Especialista del Departamento de Protección Social de la Organización Internacional del Trabajo. Ha sido especialista en Seguridad Social de la Oficina para los Países Andinos de la OIT.
3 Perú ratificó, en las décadas de los 20s y 30s, varios convenios de primera generación de seguridad social (dirigidos a sectores específicos de trabajadores o de actividad económica), los cuales han sido parcial o totalmente superados por el Convenio núm. 102. Cabe señalar que con respecto al Convenio núm. 71, relativo a las pensiones de la gente del mar, y que fue ratificado por el Perú en abril de 1962, la CEACR todavía tiene observaciones importantes con respecto a su aplicación.

principio de igualdad y no discriminación, señalando expresamente que "nadie puede ser discriminado por motivo de origen o de cualquier otra índole" (artículo 2°, numeral 2).

La Constitución destaca 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" (artículo 10). Establece que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, y supervisa su eficaz funcionamiento (artículo 11).

El Tribunal Constitucional peruano ha definido a la seguridad social como la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Esta se concreta en un complejo normativo estructurado al amparo de la doctrina de la contingencia y la calidad de vida. Por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria o asistencial, "regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en la elevación de la calidad de vida" (Sentencia recaída en el Expediente núm. 1417-2005-AA/TC)

La Constitución Política peruana dispone en su artículo 55° la incorporación directa de los instrumentos internacionales en el ordenamiento jurídico peruano, mientras que su artículo 3° señala que la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo de derechos fundamentales "no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre." Por ello, como ha sido destacado por la doctrina jurídica el artículo 3° de la Constitución peruana constituye una cláusula de reconocimiento de derechos implícitos que conduce a otorgarles protección constitucional.

II. IMPORTANCIA DEL CONVENIO 102 OIT NORMA MINIMA DE SEGURIDAD SOCIAL

El Estado peruano ha ratificado una serie de tratados internacionales que reconocen el derecho a la seguridad social, entre ellos el Convenio núm. 102 de la OIT (norma mínima de seguridad social)[4]. La cláusula constitucional de derechos implícitos

[4] El Convenio 102 se compone de 87 artículos organizados en 15 partes. En las partes II a X se regulan las disposiciones sobre normas mínimas respecto de nueve contingencias sociales: asistencia médica, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familiares a cargo, maternidad, invalidez y sobrevivientes.
Además de las disposiciones por cada rama de la seguridad social, contiene disposiciones comunes en las que se prevén opciones de ratificación y puesta en práctica del convenio (parte I), normas cuantitativas para los pagos periódicos (parte XI), normas sobre igualdad de trato a los residentes no nacionales (parte XII) y normas relativas a la suspensión de las prestaciones, al derecho de apelación, y a la financiación y administración de las prestaciones (parte XIII). La parte XIV contiene disposiciones diversas sobre determinados efectos del convenio, y la parte XV las disposiciones finales relativas a las ratificaciones y a la entrada en vigor.

debe conducir a considerar estos tratados y en particular el Convenio núm. 102 (en las partes aplicables[5].) como parte del bloque de constitucionalidad.

La ratificación del Convenio núm. 102 OIT conlleva obligaciones para los Estados respecto de cobertura mínima del sistema de seguridad social, calidad y cuantía de las prestaciones, así como el reconocimiento de los principios de financiamiento solidario, administración democrática y responsabilidad general del Estado. Por ello, los informes de la CEACR constituyen importantes parámetros de seguimiento

Se ha señalado[6] como característica principal del Convenio núm. 102 que para cada contingencia se han fijado objetivos mínimos. En particular porcentajes mínimos de población protegida y niveles mínimos de prestaciones y condiciones para acceder a ellas. Estos objetivos mínimos deberán lograrse mediante la aplicación de los siguientes principios:

- Responsabilidad general del Estado (artículo 71, párrafo 3).
- Financiación colectiva de la seguridad social (artículo 71, párrafos 1 y 2).
- Garantía de las prestaciones definidas por el Estado (artículo 71, párrafo 3).
- Ajuste de las pensiones generadas (artículo 65, párrafo 10, y artículo 66, párrafo 8).
- Derecho de apelación en caso de denegatoria del derecho, calidad o cantidad (artículo 70).

Es decir, el derecho a la seguridad social debe ser concebido de manera integral y en toda su complejidad. En tanto derecho subjetivo que implica la garantía de un conjunto de prestaciones sociales (derechos y obligaciones), y como derecho objetivo que requiere de un sistema institucionalizado de responsabilidad estatal sustentado en un conjunto de valores (sistema basado en principios).

Como ha sido destacado[7] las normas internacionales del trabajo sobre seguridad social materializan las aspiraciones expuestas en la Declaración Universal de Derechos

---

[5] El Perú ratificó el Convenio 102 el 23 de Agosto de 1961 y aceptó como partes obligatorias las referidas a asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por vejez, prestaciones por maternidad y prestaciones por invalidez. Asimismo, se acogió a las excepciones temporales sobre cobertura y duración de las prestaciones médicas, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por vejez y prestaciones por maternidad.
Al respecto se debe señalar que los Estados que hayan formulado una declaración de excepciones temporales deberán incluir en la memoria anual sobre aplicación del convenio una declaración donde expongan las razones por las que continúan acogiéndose a estas excepciones, o de ser el caso, la renuncia al acogimiento a partir de determinada fecha.

[6] Departamento de Seguridad Social de la Oficina Internacional del Trabajo. Documento de Política de Seguridad Social Nº 2. "Establecimiento de normas de seguridad social en una sociedad global. Análisis de la situación y de las prácticas actuales y de las opciones futuras para el establecimiento de normas de seguridad social globales en la Organización Internacional del Trabajo". Ginebra – OIT. 2008. P. 11.

[7] "Estudio General relativo a instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre justicia social para una globalización equitativa". Informe de la Comisión de Expertos en

Humanos, y buscan proporcionar la protección más amplia posible en términos de cobertura personal, cobertura de riesgos y nivel adecuado de prestaciones. Esta protección tiene como objeto además reforzar la cohesión social mediante la aplicación de principios promovidos por la OIT a través de sus convenios, recomendaciones y conclusiones de diferentes conferencias internacionales de trabajo, como son:

1. La seguridad social como derecho humano: la universalidad de la cobertura basada en la solidaridad social (Constitución de la OIT y varios instrumentos de la ONU).
2. La solidaridad y la financiación colectiva (Convenio núm. 102) bajo la responsabilidad de los empleadores y de los trabajadores (50% a cargo de los trabajadores como máximo).
3. Derecho a los beneficios definidos prescritos por la ley (Convenio núm. 102).
4. Suficiencia ("Adequacy") y previsibilidad de los beneficios.
5. La no discriminación, igualdad de género y las necesidades especiales (Recomendación núm. 202).
6. Responsabilidad general y primordial del Estado (CIT No. 89, 2001). Marco legal, administración y financiera.
7. Transparencia en la gestión y buena gestión financiera y administrativa (Recomendación núm. 202).
8. La participación de los interlocutores sociales y la consulta con otras partes interesadas (varios convenios y Recomendación núm. 202);
9. Sostenibilidad fiscal, económica y financiera.

III. RECOMENDACIÓN 202 SOBRE PISOS DE PROTECCIÓN SOCIAL

En la 101ª Conferencia Internacional del Trabajo del año 2012 se adoptó la Recomendación núm. 202 sobre Pisos de Protección Social, la cual es sumanente relevante debido a que proporciona orientaciones para:

- establecer y mantener, según proceda, pisos de protección social como un elemento fundamental de sus sistemas nacionales de seguridad social, y;
- poner en práctica pisos de protección social en el marco de estrategias de extensión de la seguridad social que aseguren progresivamente niveles más elevados de seguridad social para el mayor número de personas posible, según las orientaciones de las normas de la OIT relativas a la seguridad social.

Estos pisos de protección social deben comprender por lo menos las siguientes garantías básicas de seguridad social:

a) acceso a un conjunto de bienes y servicios definido a nivel nacional, que constituyen la atención de salud esencial, incluida la atención de la maternidad, que cumpla los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad;

Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III. Parte 1B. Conferencia Internacional del Trabajo. 100º Reunión. 2011, que recoge lo expuesto por la CEACR. Informe General. 2001. Párr. 155.

b) seguridad básica del ingreso para los niños, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios;
c) seguridad básica del ingreso, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez, y;
d) seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional.

Asimismo, la Recomendación reconoce la responsabilidad general y principal del Estado respecto de estas garantías básicas de la seguridad social, en concordancia con lo establecido en el Convenio núm. 102.

IV. ¿PORQUÉ ES NECESARIA UNA REFORMA?

El sistema peruano de seguridad social padece de graves deficiencias respecto de cobertura (personas cubiertas y suficiencia de los beneficios), financiamiento (sostenibilidad financiera en el corto y largo plazo), cuantía y calidad de las prestaciones, gestión y supervisión del sistema, que hacen necesaria una reforma. Ello unido a la ausencia de información de calidad, y la falta de lineamientos de políticas en seguridad social explicitadas públicamente.

A continuación plantearemos las que consideramos las debilidades más relevantes respecto de los subsistemas de pensiones, salud, desempleo y riesgos de trabajo que hacen necesaria una reforma integral y permiten perfilar la orientación que esta reforma debería tener. Se entiende que son objetivos de un sistema de seguridad social dotar de protección adecuada frente a contingencias sociales, generando mayor bienestar y mejores niveles de igualdad (componente solidario del financiamiento).

IV.1. Pensiones

El sistema de pensiones en el Perú está fragmentado, coexisten tres subsistemas, el SPP esquema contributivo basado en la lógica del ahorro individual, el SNP también contributivo con un sistema de reparto anual, y Pensión 65 que es un esquema no contributivo que protege a la población más pobre y vulnerable. Estos tres subsistemas actúan en forma totalmente independiente y descoordinada lo que introduce elementos que atentan contra la solidaridad y la equidad del sistema.

Respecto de esta prestación, se ha destacado la baja cobertura frente a los riesgos de vejez, así tenemos que solamente un 26% de la PEA estaría asegurado en algún sistema pensionario, sea SPP, SNP o algún otro. Solamente el 52% de la población de 65 años o más cuenta con algún tipo de pensión correspondiendo entre los que tienen

pensión 47% al SNP, 40% a Pensión 65 y 13% al SPP[8]. La mayoría de trabajadores están afiliados al SPP (cerca de 5 millones y medio), sin embargo menos de la mitad cotiza de manera efectiva, lo cual sin duda afectará las posibilidades de concretar su derecho a percibir una pensión adecuada.

Con relación a la cuantía de las pensiones, en el caso del SPP[9] la pensión promedio es alrededor de los S/. 980 mientras que en el caso del SNP de S/. 680. Explicándose la diferencia debido a que los trabajadores con mayores ingresos suelen estar afiliados al SPP. En ambos sistemas la pensión esta por debajo del estándar internacional del 40% de la remuneración de referencia. Asimismo, existen estudios que muestran que con rentabilidades efectivas distintas (de 3%, 3.5% y 4%) en el mediano y largo plazo la tasa de reemplazo del SPP peruano sería la más baja de Latinoamérica, en todos los casos muy por debajo del estándar internacional del 40%.[10] Asimismo, en el SPP se muestran diferencias significativas en la cuantía de las pensiones en función del sexo, ello debido a que se realizan cálculos diferenciados para hombres y mujeres, resultando éstas últimas perjudicadas por su mayor esperanza de vida al momento de recibir la pensión por vejez, y a que el tiempo de trabajo formal es en promedio menor que el de los hombres.

Dos factores que afectan la cuantía de las pensiones en el caso del SPP son el alto costo administrativo (costo de las comisiones por administración) y la baja densidad de cotizaciones. El costo de las comisiones por administración del SPP peruano resulta uno de los más altos de Latinoamérica (1.97% de la remuneración y más del 15% de la contribución). La reforma del año 2012 estableció que los nuevos afiliados ingresarían a un esquema de comisión sobre fondo acumulado, que también resulta elevado y no determina una disminución efectiva (1.21% del fondo acumulado al año). Este nuevo esquema de cobro de comisión más bien aumentará el monto de las comisiones a medida que el sistema madure y crezca el nivel del fondo, asimismo, obligará a pagar comisiones a las personas que se encuentren en periodos de desempleo. El otro factor, es la baja densidad de las cotizaciones, determinada por la estructura del mercado laboral peruano, en particular el alto nivel de informalidad laboral, de trabajo autónomo, y de trabajo familiar no remunerado, no cubiertos por los sistemas pensionarios. Y en el caso del mercado laboral formal la baja densidad de cotizaciones se explica por la alta rotación laboral y que la mayoría de trabajadores dependientes están sujetos a contratación temporal (dos de cada tres trabajadores dependientes).

---

[8] Información estadística obtenida de Mesa-Lago, Carmelo (2016). "Sugerencias para la re-reforma de pensiones en el Perú". Apuntes. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. En adelante haremos referencia a algunas recomendaciones señaladas en este estudio.

[9] Sistema Privado de Pensiones (SPP). Sistema de ahorro individual creado el 6 de diciembre de 1992.

[10] Durán, Fabio y Pena, Hernán (2011). Determinantes de las tasas de reemplazo de pensiones de capitalización individual: escenarios latinoamericanos comparados. CEPAL. División de Desarrollo Social.

Un aspecto vinculado con la cuantía de las pensiones es la desigualdad en los ingresos generada por cada subsistema, así tenemos que esta brecha se ha venido incrementando. Tal como señala Olivera "Según la Encuesta Nacional de Hogares (Enaho) en 2007 la desigualdad de pensiones en el SPP –medida con el coeficiente de Gini- fue de 0,25 mientras que en el SNP fue de 0,20 y para el total de pensionistas fue 0,22. En cambio, en 2013 la desigualdad de pensiones en el SPP aumentó hasta 0,45, mientras que en el SNP fue sólo 0,21 y en el total de pensionistas el Gini fue 0,27"[11]. Se destaca que esta tendencia podría continuar debido al mayor número de afiliados del SPP que se jubilarán en los próximos años y a que en este esquema no existe una pensión mínima. Ello se explica por el diseño del SPP basado en cuentas de capitalización individual y la relación paralela que existe entre SNP y SPP, que reduce sustancialmente los mecanismos redistributivos.

El Programa Pensión 65, que otorga pensiones a los adultos mayores en situación de pobreza extrema, alcanza actualmente a alrededor de medio millón de peruanos y peruanas, otorgando un monto de S/. 250.00 por pareja. Ha incidido de manera importante en la reducción de la pobreza y la desigualdad en la vejez, sin embargo, por tratarse de un programa a cargo del Ministerio de Desarrollo e Inclusión, requiere de aprobación presupuestaria anual. Para configurar un verdadero piso de protección social debería constituirse en un sistema con carácter permanente y ampliarse respecto de cobertura y cuantía. Dimensiones que son recomendadas por la CEACR de la OIT.

Deficiencias en la gestión afectan tanto al SNP como al SPP. En el caso del SNP a pesar de las mejoras que ha experimentado recientemente la Oficina de Normalización Previsional, que administra el sistema público de pensiones (Decreto Ley Nº 19990), la demora en el otorgamiento de pensiones sigue siendo excesiva. Ello se vincula con que no existe una base de datos confiable del total de aportaciones efectuadas por los asegurados, y son ellos muchas veces quienes deben de sustentar los aportes efectuados respecto de determinados períodos y la cuantía de sus aportaciones. Esta situación conduce a que exista una alta cantidad de procesos judiciales vinculados con el reconocimiento de derechos pensionarios, constituyendo la mayoría de procesos que se tramitan en la vía contencioso administrativa (Informe Defensorial núm. 135. Por un acceso justo y oportuno al derecho a la pensión: Aportes para una mejor gestión de la ONP).

Un aspecto que afecta la gestión transparente y democrática de ambos sistemas pensionarios es que ni el SNP a través de la ONP, ni el SPP mediante las AFP cuenta con representación de los trabajadores o asegurados en sus organos de dirección. A pesar de que ambos sistemas se financian principalmente con aportes de los trabajadores no existe representación de estos en los órganos directivos de los entes gestores de pensiones. Tampoco tienen representación en las entidades supervisores. La reforma del año 2012

[11] Olivera, Javier (2016). "Evaluación de una propuesta de sistema de pensiones multipilar para Perú". Apuntes. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima-Perú.

consideró la conformación de un comité de usuarios en la SBS, sin embargo esta no ha sido implementada hasta la fecha.

La CEACR ha señalado como deficiencias de los sistemas de pensiones peruanos, que estos no cuentan con participación de los asegurados en su gestión. En el caso del SPP que no existe la garantía de una pensión mínima, tampoco el otorgamiento de una pensión durante toda la contingencia y el financiamiento colectivo es prácticamente inexistente.

IV.2. Salud

En lo que respecta a cobertura en salud, esta se ha ampliado de manera considerable sobre todo por el crecimiento del Seguro Integral de Salud (SIS), que constituye el principal mecanismo de aseguramiento en el país, seguido por el Seguro Social de Salud (ESSALUD), que es el segundo mecanismo de aseguramiento respecto de alcance de cobertura. Adicionalmente actúan la Sanidad de las Fuerzas Armadas y la Sanidad de las Fuerzas Policiales; así como la asistencia privada mediante las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), Compañías de Seguro, Entidades pre pagadas, entre otras. Con la dación de la Ley de Aseguramiento Universal en Salud se han separado en distintas entidades la función de administración de fondos de la función de prestación de servicios de salud. La primera recae en las denominadas IAFAS o Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud.

Según cifras oficiales de una población cercana a los 31 millones y medio de habitantes, el Perú cuenta con 26,347,179 personas aseguradas a IAFAS. La mayoría esta asegurada al SIS (MINSA), algo más de 16 millones y medio de asegurados. En segundo lugar al Seguro Social de Salud (ESSALUD), que cuenta con cerca de 9 millones de asegurados, y en tercer lugar a las EPS con alrededor de 800 mil asegurados. Subsiste una cantidad importante de peruanos sin cobertura en salud, aquí es conveniente destacar que los trabajadores por cuenta propia representan una proporción importante de la población no cubierta, y que no existen mecanismos de protección efectivos para su cobertura, ni siquiera para aquellos que tienen capacidad contributiva.

El principal reto para que se amplíe la cobertura en salud está vinculado con el incremento del financiamiento estatal. Mientras el promedio de inversión en salud per cápita en América Latina es de US$ 486 en el Perú se invierte menos de US$ 300. El diseño de los regímenes subsidiados y semi contributivos requiere de financiamiento estatal progresivo y consistente en el tiempo. El gasto en servicios en salud representa alrededor del 5% del PBI, mientras que el promedio de la región es alrededor del 6.6%.

Se deben de implementar mecanismos adecuados que cumplan con una finalidad redistributiva, evitando los subsidios cruzados que terminen beneficiando a los sectores con mayores ingresos. Debemos recordar que entre las principales barreras para el

acceso a la salud en el Perú, además de las barreras socio económicas están las geográficas y culturales que requieren de sistemas con un mayor alcance y equidad.

Un aspecto especialmente preocupante para la configuración de un sistema de salud redistributivo es el alto nivel de gasto privado en servicios de salud existente en el Perú. Así tenemos que la composición del gasto en salud es la siguiente: MINSA alrededor del 27.2%, EsSalud 26.7%, sector privado lucrativo 23.8% y resto entre farmacias, sanidades y sector privado sin fines de lucro. La principal fuente de financiamiento de los servicios de salud son los hogares, destinando recursos sobre todo a la compra de servicios de prestadores privados de salud, la compra de medicamentos en farmacias, el pago de tarifas en establecimientos públicos y la adquisición de pólizas de seguros[12].

Sin embargo, a pesar del crecimiento de la cobertura, su calidad y las prestaciones que se otorgan, varían de acuerdo al tipo de seguro con que se cuente, generando significativos niveles de desigualdad en la atención y prevención.

IV.3. RIESGOS DE TRABAJO

El Perú no cuenta con un sistema universal de riesgos de trabajo, sino con un seguro denominado Seguro Complementario por Trabajo de Riesgo (SCTR) que solamente considera determinadas actividades aseguradas, debiendo el empleador elegir entre gestores públicos y privados de salud y pensiones, que a su vez subcontratan con entidades prestadoras. Se estima que el SCTR tiene actualmente alrededor de un millón y medio de asegurados respecto de la cobertura en salud, es decir solamente el 18% de la PEA ocupada. Alrededor del 75% de los asegurados al SCTR se encuentran afiliados a una EPS para la atención de salud, el 25% restante se encuentra en ESSALUD.

Por la configuración segmentada de este subsistema con una diversidad de gestores y prestadores públicos y privados; asi como por la coexistencia de entes supervisores (SBS y SUSALUD) se generan como inconvenientes la ausencia de información confiable y suficiente, así como deficiencias de coordinación en los procesos de afiliación, acreditación, reconocimiento de derechos y prestaciones; lo que conduce a situaciones de desprotección.

Además de la limitada cobertura del SCTR y su segmentación este subsistema no cuenta con una clara rectoría, así como no existe una estrategia intersectorial de alcance

[12] Bertranou, Fabio, Casanova, Luis y Casalí, Pablo (2013). El sistema de salud en el Perú: situación actual y estrategias para orientar la extensión de la cobertura contributiva. OIT para los países andinos.

nacional sobre riesgos de trabajo. Ello se manifiesta en que recientemente se incrementó la lista de actividades de riesgo cubiertas por el SCTR para posteriormente ser derogada esta ampliación.

Las entidades gestoras, reguladoras y fiscalizadoras del SCTR, a diferencia de lo que ocurre con otros países de la región no cumplen con el principio de unidad de la gestión, por no existir entidades gestoras especializadas y de giro único sometidas a la fiscalización de una entidad pública, igualmente especializada. Respecto de las instituciones que establecen las políticas acerca de la protección de riesgos laborales, participan al menos dos ministerios: el Ministerio de Trabajo, que define las políticas de trabajo decente y seguridad social, así como la política de seguridad y salud en el trabajo; y el Ministerio de Salud, que define la política de aseguramiento en salud y la organización de los servicios sanitarios. Aun cuando a nivel normativo el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo cuenta con la competencia “exclusiva y excluyente” en materia de rectoría y diseño de políticas sobre riesgos de trabajo, la ausencia de fortalezas institucionales le impide ejercer efectivamente este rol. A diferencia de otros países no se cuenta con un viceministerio que ejerza de manera efectiva esa función.

Las funciones de regulación y supervisión están a cargo de distintos actores. Así tenemos que la regulación y supervisión de las empresas de seguros para la cobertura de prestaciones económicas se encuentra a cargo de la SBS, y para las IAFAS como EsSalud y las EPS, la Superintendencia Nacional de Salud. La supervisión y fiscalización del cumplimiento de los empleadores de sus obligaciones respecto del SCTR como la obligación de afiliar a los trabajadores, aportar a las entidades gestoras y, sobre todo, implementar las medidas de prevención de accidentes laborales y enfermedades ocupacionales, se encuentra a cargo del Ministerio de Trabajo a través de la SUNAFIL, y de los Gobiernos Regionales a través de las direcciones regionales de trabajo.

En el caso de las entidades gestoras, SUSALUD está encargada de la supervisión y fiscalización a EsSalud, las EPS y los establecimientos de salud; mientras la SBS se encarga de las empresas de seguros. La ONP, por su parte, no se encuentra supervisada por ninguna entidad. Adicionalmente, OSINERGMIN también regula, supervisa y sanciona en materia de riesgos laborales en el sector minería y energía, lo que incrementa la fragmentación y segmentación de estas funciones, y hace que la regulación sea extensa y compleja de comprender.

La afiliación al SCTR se encuentra dividida en dos contratos distintos: SCTR salud, que puede suscribirse con una EPS o EsSalud, y el SCTR pensiones, que cobertura las prestaciones económicas a través de la ONP o empresas de seguros, siendo facultativo del empleador escoger entre las cuatro combinaciones posibles. Únicamente la elección de EPS se encuentra sujeta a un concurso.

El diseño actual del SCTR fomenta la dispersión en la afiliación de las entidades empleadoras, lo que no aporta mayor valor ni eficiencia al sistema; por el contrario,

dificulta la gestión del seguro y la gestión de las entidades aseguradoras, entorpece el registro y la fiscalización de las empresas, e impide que los trabajadores conozcan cuál es su entidad aseguradora, con la consiguiente dificultad de acceso a prestaciones de carácter fundamental a favor de los trabajadores.

La identificación de los sujetos protegidos por el SCTR resulta insuficiente y engorrosa. El listado de actividades de alto riesgo del anexo 5 solo abarca al 5,3% de todas las actividades económicas. En consecuencia, el registro de accidentes de trabajo muestra que aproximadamente el 75% de casos afecta a trabajadores que no cuentan con el SCTR.

Existe un doble sistema recaudatorio: para las entidades gestoras públicas (EsSalud y ONP), el ente recaudador es SUNAT; para el caso del sistema privado (EPS y empresas de seguros), cada entidad gestiona la recaudación de manera independiente con los empleadores, situación que tiene una reducida eficiencia y se compensa con la cancelación del contrato frente a la falta de pago.

Finalmente, el SCTR no incluye en su cobertura el pago del subsidio por incapacidad temporal a los trabajadores afectados por un siniestro laboral. De acuerdo a la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social, la cobertura por incapacidad temporal es otorgada por EsSalud dentro de la cobertura del Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud, de modo que se configura un subsidio entre ambos seguros.

IV.4. DESEMPLEO

En el Perú no existe un seguro de desempleo de alcance nacional ni establecido de manera obligatoria[13]. Actualmente existe un fondo de cesantía (denominado Compensación por Tiempo de Servicios - CTS) bajo administración privada, gestionado por entidades financieras como Bancos, Cajas u otras, a elección del trabajador. El financiamiento actual de la CTS es a cargo del empleador y equivale a alrededor de un aporte del 9.78% de la remuneración mensual computable. Se efectiviza mediante depositos semestrales en la entidad financiera elegida por el trabajador.

En el sistema financiero hay alrededor de 3.6 millones de cuentas de CTS vigentes con un saldo conjunto de S/. 16,655 millones, según estadísticas de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS). El 90% del número total de estas cuentas está en bancos, el 7% en las cajas municipales, el 2% en las financieras y el 1% en las cajas rurales. Son también las entidades bancarias y las cajas municipales las que registran la mayor participación en cuanto al monto total acumulado: 82% y 15%, respectivamente.

[13] El Perú ratificó el Convenio núm. 44 sobre el Desempleo el 4 de abril de 1962, la ratificación se encuentra vigente.

El principal cuestionamiento a este sistema es que cubre únicamente a los trabajadores dependientes formales, teniendo un alcance limitado respecto del total de la PEA. Sin embargo, cualquier reforma debe ser evaluada considerando que no tenga un sentido regresivo respecto del nivel de aporte que realizan las empresas. Ello debido a que este sistema no tiene topes sino que se incrementa en función del tiempo de servicios y permite retiros anticipados. Otra deficiencia de este sistema es que ha sido diseñado como un mecanismo de ahorro individual sin efecto redistributivo alguno. Debido a que su objetivo original se ha desvirtuado, existe actualmente el debate entre si continuar con el CTS o implementar en su sustitución, o en forma paralela un seguro de desempleo. Generalmente los seguros son más eficientes que los mecanismos de ahorro para enfrentar las contingencias y protegen en forma más adecuada al asegurado.

Es importante tener en cuenta los criterios establecidos por el Convenio núm. 102 de la OIT respecto de las prestaciones por desempleo[14]. Al respecto se señala que la cuantía de la prestación debe de ser equivalente como mínimo a un 45% de la remuneración de referencia. Asimismo, a que debe de cubrir todo el transcurso de la contingencia, aunque podrá limitarse:
(a) cuando la protección comprenda a categorías de asalariados, a trece semanas en el transcurso de un período de doce meses;
(b) cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, a veintiséis semanas en el transcurso de un período de doce meses.
Asimismo, el diseño de esta seguro debe regirse por las disposiciones comunes del convenio respecto del financiamiento colectivo del mismo, su gestión democrática y la responsabilidad general del Estado.

V. LINEAMIENTOS DE UNA REFORMA INTEGRAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Es importante señalar que la OIT no promueve un modelo específico de sistema de seguridad social, cada sociedad debe elegir el tipo de modelo que más convenga a su desarrollo sociolaboral, económica y cultural y que mejor se ajuste a su situación particular, sin embargo, sea cual sea el sistema que se adopte, éste debería ajustarse a ciertos principios básicos.[15]

Para el caso específico de Perú, las observaciones de la CEACR son una buena guía a seguir para la reforma al sistema, estasobservaciones han incidido en destacar que los diferentes componentes del sistema de seguridad social peruano no cumplen con los principios comunes de los convenios internacionales de seguridad social como son: i) la financiación colectiva de las prestaciones; ii) la gestión democrática y transparente de las instituciones de la seguridad social; iii) el abono de las prestaciones durante toda la contingencia; y, iv) la garantía de un nivel mínimo de prestaciones. Se ha señalado

[14] Si bien esta parte del Convenio núm. 102 no es obligatoria para el Perú, es relevante considerarla debido a que conforma un estándar internacional.
[15] Conclusión 4, CIT OIT, núm. 89, 2001.

asimismo, la necesidad de que el país cuente con una estrategia nacional para la aplicación integral del derecho a la seguridad social.

Al respecto el informe más reciente de observaciones y recomendaciones de la CEACR respecto de la aplicación del Convenio núm. 102 OIT (2011), se ha pronunciado sobre los principios básicos establecidos en los convenios internacionales, el mejoramiento del funcionamiento del sistema público de pensiones, la lucha contra la evasión de la afiliación al sistema de seguridad social, y las medidas a favor de las micro y pequeñas empresas.

V.1. Financiación colectiva de la seguridad social

Como se ha señalado este principio prevé que el costo de las prestaciones y los gastos de su administración deberán financiarse colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos (párrafo 1 del artículo 71 del Convenio), de manera que el total de cotizaciones a cargo de los asalariados protegidos no deberá exceder del 50 por ciento del total de recursos destinados a la protección de los mismos (párrafo 2 del artículo 71).

La CEACR señala que en contraposición a este principio, en el sistema privado de pensiones peruano sólo los asegurados contribuyen a las cuentas individuales de capitalización. Asimismo, la financiación de las primas del seguro de vejez, invalidez y de sobrevivientes, y los gastos de administración sólo están a cargo de los trabajadores afiliados a las AFP.

Estudios recientes muestran la pertinencia de cambiar el modelo paralelo que existe actualmente entre SNP y SPP y reemplazarlo por un esquema de pilares múltiples que incida en mayor medida en el financiamiento colectivo de las pensiones, en especial las pensiones mínimas. La diferencias radican en el peso que se le otorgaría a los pilares financiados colectivamente (mediante impuestos y contribuciones) respecto del pilar financiado individualmente. Para ello debería considerarse el estándar establecido en el artículo 71 del convenio 102 que dispone que el total de cotizaciones a cargo de los asalariados protegidos no deberá exceder del 50 por ciento del total de recursos destinados a su protección.

En este sentido, Olivera señala que “La propuesta de implementación de un nuevo SMP (Sistema Multipilar de Pensiones) consiste en reunir otra vez a los afiliados del SNP y el SPP en un solo sistema y reconocer las contribuciones realizadas por los individuos a cualquiera de los sistemas a fin de evaluar el derecho a obtener una pensión mínima. Con esta reforma, cualquier afiliado podrá obtener una pensión mínima siempre que cumpla con al menos veinte años de aporte sobre la base de un salario de al menos el valor de una remuneración mínima vital (RMV)”.

Destaca que el requisito de veinte años para tener una pensión mínima es válido actualmente para los afiliados del SNP, mientras que en el SPP no existe este esquema. Por lo tanto, la reforma da la posibilidad a los afiliados de menores ingresos del SPP de acceder a esta garantía. Señala que se respetarían los balances acumulados en las cuentas individuales de cada afiliado del SPP hasta el momento de la reforma, lo cual ayuda a legitimar la propuesta. Es necesario mencionar que si bien actualmente se exige en el SNP veinte años de aportación para acceder a una pensión mínima, según el Convenio núm. 102 con 15 años de aportación se debería reconocer al menos una prestación reducida.

El estudio de Olivera muestra que el actual diseño del sistema de pensiones va a experimentar altos niveles de desigualdad en las pensiones y deuda actuarial. "Los resultados de la simulación de un nuevo SMP revelan que es posible reducir la deuda actuarial y los niveles de desigualdad de las pensiones sin afectar el nivel de bienestar global de los afiliados. Incluso, si el análisis de bienestar es neutral a la desigualdad (es decir, si no existe aversión a esta), se encuentra que un sistema multipilar es mejor que el actual"[16].

V.2. Principio de administración democrática del sistema de seguridad social

Este principio implica que, cuando la administración del sistema de seguridad social no esté garantizada por una institución reglamentada por las autoridades públicas o por un departamento gubernamental responsable ante el Parlamento, los representantes de las personas protegidas deben participar en su administración o estar asociados a ella, con carácter consultivo (párrafo 1 del artículo 72 del Convenio).

La CEACR observa que en el SPP no existe la posibilidad de que los afiliados participen en la gestión de las AFP. En lo que respecta a la participación de las personas protegidas en la administración de los seguros de salud la situación se asemeja a lo que ocurre en el ámbito de la participación de los beneficiarios en el sistema nacional de pensiones.

La CEACR ha solicitado al Gobierno que tenga a bien estudiar la posibilidad de establecer mecanismos mediante los cuales los representantes de los asegurados puedan participar en la administración de dichas empresas/instituciones o estar asociados a ellas, con carácter consultivo. Ello, sin perjuicio de los mecanismos de vigilancia ciudadana que los gobiernos regionales o locales puedan implantar oportunamente, para así armonizar su legislación con el párrafo 1 del artículo 72 del Convenio.

Al respecto Carmelo Mesa Lago ha destacado que "Los trabajadores son dueños de los fondos de pensiones pero no tienen participación alguna en su administración y tampoco pueden realizar vigilancia sobre ellos. Las re-reformas de Argentina y Chile introdujeron comités que monitorean la implementación de dicha reforma; en Chile estos

[16] Olivera, Javier (2016). Op cit.

comités emiten informes anuales evaluando sus avances y problemas y proponiendo medidas para enfrentarlos. La Comisión Presidencial recomendó crear un directorio con participación de los trabajadores"[17]. Señala que en el Perú se ha propuesto la presencia de un representante de los afiliados en el Comité de Inversiones de las AFP (Delgado y Fuertes 2010). Como señalamos la reforma peruana de 2012 estipuló la formación de una comisión con participación directa ciudadana, sin embargo, esta no se ha consituido hasta la fecha. En la actualidad la comisión de reforma creada por el Ministerio de Economía y Finanzas no incluye un mecanismo de participación ciudadana ni una validación o discusión pública en su procesamiento.

V.3. Principio de garantía de prestaciones mínimas.

La CEACR ha señalado que el establecimiento de programas de pensiones mínimas garantizadas debería ir acompañado de la determinación de un umbral de pobreza o de un mínimo de subsistencia, así como del aumento de las pensiones mínimas por encima de este parámetro.

Por ello, ha expresado su preocupación por el hecho de que los regímenes de seguridad social, que han sido naturalmente concebidos para proporcionar prestaciones adecuadas, se hayan desvirtuado, en muchos países en desarrollo, hasta el punto de que el nivel de las prestaciones que se brindan está por debajo del umbral de pobreza, pudiéndose considerar, en esos casos, que el Estado no cumple con sus responsabilidades. Cabe destacar que para el caso Peruano, el SPP no tiene una tasa de remplazo mínima garantizada.

La CEACR ha solicitado al Gobierno peruano que informe las medidas que prevé adoptar para hacer extensivo el programa Pensión 65 a todas las regiones del país así como los pormenores de su implantación y los progresos que se vayan realizando en esa esfera. Asimismo, que tenga a bien informar cuál es el monto mínimo de cada modalidad de pensión reseñada en comparación con los mínimos establecidos en el Convenio 102 y que precise la manera en que dichos montos se actualizan.

V.4. Principio de otorgamiento de prestaciones durante toda la contingencia

Las prestaciones de vejez gestionadas en el marco del sistema de administración privada se calculan sobre la base del capital del que dispone cada asegurado en su cuenta individual de capitalización. Al momento del retiro el asegurado tiene principalmente dos opciones, o compra una renta vitalicia a una compañía de seguros, o escoge un retiro programado en cuyo caso mantiene la propiedad de su fondo y el mismo permanece en la administradora. En la segunda opción existe el peligro, sobre todo si la persona supera la esperanza de vida prevista, de que se agote el capital de su cuenta y por lo tanto dejaría de percibir los recursos provenientes de la pensión. La CEACR señala que una situación semejante no se ajusta al principio establecido por los convenios

[17] Mesa Lago, Carmelo (2016) Op. Cit.

internacionales según el cual las prestaciones deben de pagarse durante toda la contingencia, es decir, en el caso de vejez en forma vitalicia, garantizando una pensión mínima.

Carmelo Mesa Lago, destaca que la Comisión de Reforma en Chile propuso eliminar la modalidad de retiro programado debido a que no garantizaba una pensión hasta el fallecimiento. Propuestas vinculadas con el otorgamiento de pensiones hasta el fallecimiento y la mejora de su cuantía son el aumento de la competencia mediante la creación de una AFP pública, hacer más asequible y transparente el acceso a la información, aumentar la rentabilidad del fondo, generar ahorro fiscal unificando los sistemas y trasladar al empleador el costo de la comisión por incapacidad, sobrevivencia y gastos de sepelio.

V.5. Necesidad de contar con una Estrategia Nacional para la aplicación integral del derecho a la Seguridad Social

Es necesario destacar la recomendación hecha por la CEACR al Estado peruano respecto de contar con una “Estrategia nacional para la aplicación integral del derecho a la seguridad social”, esta herramienta de política pública permitiría medir de manera más objetiva los avances en materia de seguridad social (cobertura, financiamiento, prestaciones, supervisión, entre otros aspectos). Un avance en este sentido es el Proyecto de Política Nacional de Seguridad Social aprobado por el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo que se encuentra pendiente de aprobación a nivel de Consejo de Ministros.

Mesa Lago ha destacado que el diálogo social con amplia participación de los sectores relevantes debe preceder a la reforma. Las reformas de Argentina y Bolivia no lo hicieron, restando legitimidad al proceso. Por el contrario, la de Chile de 2008 tuvo amplia participación social y 90% de sus recomendaciones fueron aprobadas en debate por el Congreso y la segunda re-reforma, realizada por la Comisión Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, contó con veinticinco miembros que representaban a todos los sectores relevantes del país, incluyendo siete expertos internacionales. Vinculado con ello sería también muy útil efectuar una encuesta de protección social, ya practicada en varios países de la región, la cual daría cifras precisas sobre muchas variables importantes y permitiría conocer los diversos puntos de vista de la población en aspectos clave de la reforma. Asimismo, señala la importancia de tener una Superintendencia de Pensiones con financiamiento que garantice autonomía[18].

VI. CONCLUSIONES

El derecho a la seguridad social debe ser concebido de manera integral y en toda su complejidad. En tanto derecho subjetivo que implica la garantía de un conjunto de prestaciones sociales (derechos y obligaciones), y como derecho objetivo que requiere de

[18] Mesa Lago, Carmelo. Op. Cit.

un sistema institucionalizado de responsabilidad estatal sustentado en un conjunto de valores (sistema basado en principios).

Las normas internacionales sobre seguridad social forman parte del bloque de constitucionalidad y tienen como objeto otorgar protección social y reforzar la cohesión social, mediante la aplicación de principios como la solidaridad social, afiliación obligatoria, distribución de riesgos, financiación colectiva, mínimo garantizado, control por autoridades públicas, administración participativa, diálogo social, y responsabilidad general del Estado.

La cobertura de los diferentes esquemas de protección social existentes en el Perú (salud, pensiones y SCTR) es muy limitada y existe una proporción importante de personas sin ningún tipo de protección. Essalud, por ejemplo, todavía tiene un 35% de trabajadores asalariados que podrían afiliarse y protegerse a través de este esquema contributivo. Aquí es conveniente destacar que los trabajadores por cuenta propia o independiente representan una proporción importante de la población no cubierta, y que no existen mecanismos adecuados para protegerlos. Si bien es cierto es un grupo muy heterogéneo, también es cierto que los esquemas contributivos deberían adecuar su oferta de protección para incluir a aquellos que tengan capacidad contributiva completa o parcial.

El sistema de seguridad social peruano tiene deficiencias que requieren ser superadas mediante una reforma integral. No existe una política pública de seguridad social de alcance nacional y largo plazo, tampoco una estrategia de implementación con objetivos cuantificables y medibles. El rol rector y la institucionalidad de la seguridad social no están claramente definidos. Un primer objetivo es consensuar una política nacional de seguridad social, la cual debe ser producto del dialogo social. En este sentido, una propuesta de reforma debe de surgir de un amplio dialogo social y ciudadano, el cual dotará de mayor legitimidad a las iniciativas de reforma. Así la CEACR ha recomendado al Estado peruano contar con una “Estrategia nacional para la aplicación integral del derecho a la seguridad social”.

En lo que se refiere al Sistema de Pensiones, la conclusión núm. 13 de la Discusión sobre Seguridad Social de la CIT núm. 89, dice claramente que en los sistemas de prestación definida basados en el reparto, el riesgo se asume colectivamente, en cambio, en los sistemas de cuentas de ahorro individual son las propias personas las que asumen el riesgo. Si bien estos sistemas son una alternativa que existe, ello no debería debilitar los sistemas de solidaridad, en los que el riesgo está repartido entre todos los afiliados al régimen. Los regímenes complementarios y otros planes de pensiones negociados más adaptados a las circunstancias y a la capacidad contributiva de los diferentes grupos de la fuerza laboral pueden ser un valioso suplemento pero, en la mayoría de los casos, no pueden sustituir a los regímenes obligatorios de pensiones.

Por otra parte, los Sistemas de Pensiones requieren implementar la participación de los asegurados en la gestión de los mismos. Respecto de la cobertura es necesario construir un piso de protección social, para ello es fundamental fortalecer Pensión 65 en su alcance y cuantía (no contributivo) y de manera complementaria establecer una pensión mínima contributiva. Las propuestas más recientes coinciden en la necesidad de reemplazar el modelo paralelo por uno unificado en el pilar contributivo con financiamiento colectivo (solidario). Las normas internacionales ratificadas por el Perú requieren que el pilar contributivo considere la responsabilidad pública en su gestión y financiamiento. También existe coincidencia respecto de la existencia de un pilar complementario de capitalización individual.

Respecto de los sistemas de salud, está aún pendiente alcanzar la universalidad en mejores condiciones de acceso e igualdad. Aun cuando la cobertura del SIS y del Seguro Social de Salud se ha incrementado de manera considerable (sobre todo el SIS), el gasto privado en salud es muy significativo (sobre todo el gasto de familias). Se requiere una mayor inversión estatal en el acceso a protección de la salud, tanto en la fase preventiva como reparatoria, y que este financiamiento tenga un efecto realmente redistributivo. Para esto es importante que los diferentes componentes del sistema de salud actúen en forma coordinada y con acciones coherentes, sólo así se podrán aprovechar las economías de escala y mejorará su eficiencia.

En materia de riesgos de trabajo, se requiere superar la fragmentación y falta de coordinación adecuada entre los distintos actores, tanto a nivel de recaudación, gestión, otorgamiento de prestaciones y reconocimiento de derechos, como supervisión. Es necesario conformar un sistema universal de prevención y protección ante riesgos de trabajo. Mantener un seguro que solamente reconoce protección frente a riesgos de trabajo en determinadas actividades económicas (y que no son las que registran mayores niveles de siniestralidad) genera deficiencias en el acceso así como distorsiones económicas y de gestión.

Finalmente, el Perú no cuenta con un seguro por desempleo en sentido estricto, sino con un fondo de cesantía para los trabajadores del sector privado y en menor medida para los trabajadores públicos. Este sistema denominado de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), tiene como principal cuestionamiento que cubre únicamente a los trabajadores dependientes formales. Es importante tener en consideración que la implementación de un seguro de desempleo en el Perú, no debería ser regresivo respecto de la CTS y considerar mecanismos de ampliación de cobertura, financiamiento colectivo, y responsabilidad estatal en la gestión y financiamiento de acuerdo a los estándares internacionales.

CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN SOCIAL

Resolución Ministerial N° 017-2017-EF/10

ALEJANDRO ARRIETA - MIGUEL JARAMILLO - LORENA PRIETO
JANICE SEINFELD - AUGUSTO DE LA TORRE - DAVID TUESTA

1. PENSIONES

- Teniendo en cuenta la situación actual del Sistema Previsional Peruano, detallada en la Sección E.1, la Comisión de Protección Social presenta una propuesta que tiene como visión alcanzar un sistema de pensiones con las siguientes características: (i) integrado; (ii) que cubra a todos los trabajadores independientemente de su tipo de contrato laboral; (iii) que trascienda la ineficiente e inequitativa fragmentación actual; (iv) que fomente el ahorro con solidaridad para la vejez y (v) que fortalezca y estabilice el ingreso en la etapa de jubilación.
- Bajo esta visión, además de fomentar el ahorro para la vejez y regular adecuadamente tanto su inversión durante la etapa de trabajo como su utilización durante la etapa de retiro, **el Estado no permitirá que ningún peruano se quede sin al menos una pensión básica, cuyo monto tendrá que sujetarse a la disponibilidad de recursos fiscales y cuyo principal objetivo será impedir la existencia de pobreza e indigencia en la vejez.**
- Para esto, la propuesta ha planteado objetivos concretos que serían parte de un nuevo Contrato Social, mediante el cual todos los ciudadanos se comprometerían, por una parte, a hacer un esfuerzo de ahorro (por pequeño que sea y, obviamente, compatible con su nivel de ingreso) y, por otra, a velar solidariamente por sus compatriotas más necesitados (a través de la gestión reguladora del Estado y la pensión básica que éste proveería). En esa línea, los objetivos concretos son:
  1. **Construir un sistema de pensiones único e integrado**: integrado en el sentido de que los tres pilares del sistema se complementarían entre sí; único en el sentido de que el sistema no discriminaría entre distintos grupos de

trabajadores (hombres y mujeres, públicos y privados, urbanos y rurales, formales e informales, etc.).

2. **Ampliar sustancialmente la cobertura** del sistema pensional, principalmente a través de la introducción de una pensión básica (anti pobreza) y universal, pero también a través de la facilitación de contribuciones a las cuentas de ahorro individual con base al gasto (en adición al mecanismo básico de contribución con base al ingreso) y también con un conjunto de subsidios que alienta a una participación amplia, y con ayudas focalizadas a los trabajadores jóvenes.
3. **Reducir los costos del sistema** para el trabajador que ahorra para su vejez, a través de un mayor aprovechamiento de economías de escala, la reducción de costos innecesarios para la acumulación y protección de la pensión, una mejor y mayor diversificación de riesgos, y un despliegue más efectivo del papel rector del Estado en cuanto a la aglomeración eficiente de los servicios de administración de cuentas, así como a la regulación y el ordenamiento de los mercados de servicios financieros relevantes (administración de activos, provisión de rentas vitalicias y seguros). En particular, la reforma propuesta apunta a reducir las comisiones que se cobran a los trabajadores por la administración e inversión de sus ahorros a un promedio no mayor a 60 puntos básicos del saldo y a crear condiciones de mercado que además permitan la reducción de las primas cobradas por la industria financiera por la provisión de rentas vitalicias y seguros de invalidez, vejez y muerte.
4. **Incorporar un verdadero representante de la demanda** (del afiliado). Ello se lograría a través de un organismo centralizador que ayudará a completar la visión integral del sistema y la nueva organización industrial, de forma tal de capturar no sólo los beneficios provenientes de procesos más eficientes y menos costosos de administración de cuentas en favor del afiliado, a través de comisiones más bajas, sino también los beneficios de la prestación de una adecuada educación financiera que provea, entre otras cosas, información relevante sobre las pensiones proyectadas para el afiliado y una asesoría activa y libre de conflictos de interés que le evite caer en malas decisiones. De esta manera, se atendería una deficiencia monumental que hoy no es debidamente atendida.
5. **Incrementar los beneficios del sistema pensional**, no sólo a través de la mencionada pensión básica, ampliación de la cobertura y reducción de comisiones, sino también a través de un **nuevo marco regulatorio** que focalice la atención de los trabajadores y gestores de activos en la así llamada “tasa de reemplazo”. Es decir, en el ingreso esperado a ser recibido durante la etapa de jubilación como porcentaje del ingreso obtenido durante la etapa de trabajo. Con este fin, el nuevo marco regulatorio, además de velar por la salud y solvencia de la industria de servicios financieros para la vejez, se orientaría en particular a extender los plazos de inversión del ahorro de los trabajadores, a adecuar la composición de dichas inversiones a la edad del trabajador y a fomentar el desarrollo de productos financieros apropiados para estabilizar el ingreso en la etapa de jubilación. Ello implicará rediseñar las normativas que permiten el retiro del 25% de los ahorros para la compra de vivienda y el 95.5% de los fondos al momento de la jubilación. Creemos que la presencia de la pensión básica ayudaría a encontrar soluciones más razonables a los problemas que originaron estas desacertadas alternativas.

- Todos estos cambios deberían llevar a un incremento sustancial tanto de la cobertura de los mayores de 65 años (al 100% de este colectivo) como de la

participación de los que ahorran en el sistema de pensiones (cerca del 100% de la PEA). De la misma forma las tasas de reemplazo de las pensiones debieran elevarse del actual 34% al 71%. Todo ello con un costo fiscal a financiar de 0.7% del PBI en promedio para el horizonte 2018-2062.

- La Comisión cree que estos objetivos se irían alcanzando en el tiempo, luego de una **etapa de transición** y conforme la reforma vaya estableciendo las necesarias condiciones de mercado y los arreglos institucionales adecuados. La implementación de la reforma sería enteramente consistente con la estrategia de política pública orientada a la formalización de la economía. Finalmente, las **contribuciones directas del Estado** a la reforma pensional (provisión de una pensión básica, subsidio por vía del "matching" al ahorro individual, y garantía limitada a las rentas vitalicias) **serían dimensionadas en función de las restricciones impuestas por el imperativo de mantener las finanzas públicas sanas** y un proceso fiscal viable.
- La Comisión cree firmemente que esta reforma permitirá consolidar un verdadero sistema de pensiones que sea parte de un marco integral de protección social donde el Estado, por fin, podrá interactuar con la Sociedad, la misma que se verá incentivada a participar del sistema. Depende ya de los actores políticos y hacedores de política que esta propuesta pueda ser considerada y llevada a cabo.

2. SALUD

- Como se vio en la **Sección E.2**, son múltiples los factores existentes en el sistema de salud peruano que impiden la conformación actual de un sistema de cobertura universal, a pesar de estar establecido en la Ley AUS desde el 2009.
- En respuesta a estos problemas, la propuesta que la CPS plantea como visión de largo plazo es un sistema de salud que brinde acceso universal y equitativo a servicios de salud de calidad, que gestione el riesgo y los recursos con eficiencia, que provea mayor protección financiera a los hogares y que mantenga la sostenibilidad fiscal.
- Para esto se propone la creación de un **asegurador único** –el Fondo Único– **que financie el plan de beneficios (PEAS) con recursos públicos** en un esquema que mancomune los fondos. El Fondo Único gozará de independencia en el desarrollo de su gestión para garantizar su legitimidad y confianza en la población.
- **La tasa de aporte de EsSalud** disminuirá en un monto equivalente al gasto en el financiamiento del PEAS en EsSalud, sólo cuando el Estado garantice el mismo monto desde fuentes fiscales. Existirán planes adicionales de modo que sean equiparables a las coberturas actuales de EsSalud y el SIS, también administrados por el Fondo Único pero en cuentas separadas. La contribución que se continuará haciendo a EsSalud servirá para financiar su plan adicional. Se propone que a largo plazo el PEAS se amplíe y este aporte restante disminuya.
- Se plantea la cobertura de prestaciones catastróficas en un **Fondo de Alto Costo** universal, en el cual se prioricen las condiciones cubiertas por alto costo y baja frecuencia. Éste también funcionaría como una cuenta independiente dentro del Fondo Único.
- El **Fondo Único** deberá **gestionar el riesgo** de la población y realizar **compras estratégicas** a los proveedores mediante mecanismos de pago que incentiven una gestión eficiente de los servicios de salud cubiertos. Esto conllevará a mejorar el impacto de las actividades promocionales y aumentar la cobertura de los servicios preventivos de manera que se disminuyan los riesgos de salud de la población. Los aseguradores privados también participarán en el sistema, a través de ofrecer planes de cobertura financiera complementaria (para cubrir costos

diferenciales en caso existan) y planes de cobertura suplementaria (como mejores servicios de hotelería en hospitalizaciones).

- Por el lado de la prestación, se propone impulsar el establecimiento de **redes integradas territorialmente**, que combinen establecimientos de salud, independientemente de su titularidad. Con ello, se espera la reducción en la fragmentación de la prestación y la ampliación del acceso a servicios de salud. Se fortalecerá el nivel de atención primario y el sistema de referencia y contrarreferencia. Esto llevaría a un uso más eficiente de los recursos existentes (infraestructura y recursos humanos para la salud), al control de calidad de los servicios y a una reducción de los requerimientos de inversión a futuro.
- Entre las implicancias de la propuesta está la **mayor eficiencia en el financiamiento, pues se disminuirá la fragmentación y se maximizará la mancomunación de los riesgos**. Parte de la mayor eficiencia proviene de un flujo de financiamiento acorde con una lógica sanitaria, es decir, que tenga como objetivo la eficiencia asignativa de un mejor uso de los recursos para maximizar los resultados sanitarios. Asimismo, se incurrirá en menores gastos administrativos. Los esquemas de multi-seguro gastan aproximadamente 2.3 veces más como porcentaje del PBI en la administración del sistema de salud en comparación a los países que tienen un seguro único. Así, la ganancia de eficiencia se estima en por lo menos S/ 1631.32 millones.
- También existirá **mayor eficiencia en el sistema por la prestación organizada en redes prestacionales integradas, ya que se evita la duplicación de esfuerzos, la competencia por el escaso recurso humano y se optimiza la oferta existente**. Las redes integradas de servicios de salud serán impulsadas por los mecanismos de pago que diseñe el Fondo Único. Asimismo, éstas fomentan el desarrollo y fortalecimiento de la atención primaria en salud, a la vez que reducen la fragmentación existente en los sistemas de salud. Se incrementará el acceso y la calidad en la atención.
- Más allá de financiamiento y el aseguramiento, la CPS considera esencial fortalecer al MINSA en su rol rector de todo el sistema de salud. Esto implicaría eliminar de sus funciones el rol prestador. Para tales efectos también se propone la creación de un centro de excelencia independiente que se dedique a la investigación y la evaluación de tecnologías sanitarias para apoyar al MINSA en la toma de decisiones basadas en evidencia. Finalmente, se propone desfragmentar la regulación del sistema a través de una reestructuración de las funciones reguladoras de SUSALUD. En definitiva, la institucionalidad de varios agentes debe ser replanteado con objetivos claros que estén articulados alrededor de los objetivos sanitarios nacionales.
- La propuesta de la CPS en salud considera que la reforma del financiamiento y aseguramiento debe ir acompañada no sólo de un compromiso de un mayor y mejor financiamiento, sino también de una reorganización de las otras funciones del sector salud (rectoría, regulación, prestación, etc.).
- La visión de largo plazo del sistema de salud implicaría un sistema universal, integrado y en varios sentidos simplificado. La simplificación es uno de los mecanismos para mejorar la supervisión y monitoreo del sistema a través de la participación ciudadana y la rendición de cuenta de sus agentes clave como el MINSA, SUSALUD, el Fondo Único, y los prestadores.

3. SEGURO DE DESEMPLEO

- Los resultados del ejercicio de simulación presentado en la **Sección D.3** y el diagnóstico presentado en la **Sección E.3.** llevan a una clara conclusión: dadas

las características del mercado laboral peruano no parece viable implementar un seguro de desempleo que logre una cobertura significativa incluso entre los trabajadores del sector formal que pierdan su empleo. Cuatro características son particularmente condicionantes:

1. **La alta informalidad** restringe la cobertura potencial del seguro a alrededor de la mitad de la fuerza laboral asalariada. La alta informalidad no sería una restricción determinante si es que en la otra mitad de la población asalariada, la que tiene contratos laborales formales, se pudiese lograr una cobertura significativa. Lamentablemente, este no es el caso y esto tiene que ver con los otros tres condicionantes señalados.
2. El ámbito natural de un seguro de desempleo son los **contratos por tiempo indefinido** ya que en estos la pérdida de empleo por causas exógenas al individuo es más habitual en economías de mercado, donde los productos y tecnologías tienden a cambiar cada vez con mayor frecuencia. Sin embargo, estos contratos suceden en apenas poco más de un quinto del total de contratos formales en el mercado laboral. En adición, las terminaciones de estos contratos asociadas a despidos son apenas el 6% del total de terminaciones. Un uso estricto de los criterios que rigen la mayor parte de seguros de desempleo en el mundo nos deja entonces con una cobertura potencial de apenas 1.3% de los eventos de desempleo entre trabajadores del sector formal.
3. Si relajamos estos criterios para incorporar a los trabajadores con contratos temporales, no se llegaría mucho más lejos porque el grueso de estos contratos son por periodos muy pequeños: más de la mitad no superan los seis meses de duración y apenas 15% son por periodos superiores a un año. Muy pocos de ellos, por tanto, podrán cumplir con reglas de elegibilidad estándar. Detrás de estas desalentadoras cifras está una **elevada tasa de rotación**, incluso para estándares de economías con mercados laborales donde el despido está completamente desregulado, como Estados Unidos.

- Estos resultados son paradójicos. Tenemos una regulación laboral que tiene como ideal la relación laboral de largo plazo entre empresa y trabajador. Así, desde la perspectiva de esta regulación un trabajador debería entrar a un empleo con un contrato por tiempo indefinido y continuar en ese empleo por el resto de su vida, salvo que cometa una falta grave. Para asegurar esto la legislación contempla un fuerte desaliento al despido. En esta dirección, se considera indemnizaciones cuando no se puede probar la falta grave y, más recientemente, la reposición en el puesto de trabajo por mandato judicial. **La paradoja reside en que estas medidas, si bien exitosas en su afán de disuadir el despido, han logrado producir un mercado laboral donde la estabilidad en el empleo es un privilegio de pocos y la rápida rotación es la realidad de la mayoría de trabajadores formales.** En efecto, la interpretación del Tribunal Constitucional (TC) del mandato de "protección adecuada" que contempla nuestra Constitución, a partir del año 2001 y subsecuentemente expandida a través de diversos fallos, da inicio a un periodo de creciente uso de contratos temporales. La correlación entre el número de casos de despido / reposición presentados al TC y el volumen de contratos temporales es de 0.85.
- **La recomendación de esta Comisión es, pues, no implementar un seguro de desempleo.** Las medidas que se requieren para mejorar la protección de los trabajadores pasan, más bien, por promover la contratación por tiempo indefinido. Esto, a su vez, requiere una revisión de la regulación laboral tal como se viene aplicando al momento, de manera que se modifiquen los factores que actualmente

desalientan la contratación por tiempo indefinido, a saber, las decisiones del TC, ahora diseminadas hacia los juzgados laborales en general, que ponen a la reposición en el puesto de trabajo como el mecanismo preferente para proveer la protección adecuada frente al despido que manda la Constitución. Luego de un proceso de “normalización” del mercado laboral, donde el contrato por tiempo indefinido vuelva a ser el marco para el grueso de las relaciones laborales asalariadas debería considerarse la implementación de un seguro de desempleo.

¿QUÉ IMPLICA LA IGUALDAD SALARIAL AL INTERIOR DE LA EMPRESA?

PONENCIAS OFICIALES

APUNTES SOBRE LA IGUALDAD SALARIAL Y SU TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO: ALCANCES E IMPLICANCIAS PARA EL EMPLEADOR

MICHAEL VIDAL SALAZAR*

I. INTRODUCCIÓN

La igualdad salarial se presenta hoy como un tema central dentro del manejo de las relaciones laborales, el mismo que actualmente ha adquirido un protagonismo especial debido al reciente desarrollo legislativo del tema, centrado en la prohibición de la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Tal situación nos lleva a la necesidad de revisar el estatus de su tratamiento, las novedades introducidas por la reciente legislación, y las implicancias que tiene considerando el panorama actual.

Para tal efecto, lo primero que debemos considerar es que la exigencia de la igualdad salarial, y con ello, la prohibición de la asignación arbitraria de la remuneración, es un asunto que, pese a tener un desarrollo normativo limitado, ha sido objeto de un tratamiento a nivel jurisprudencial y administrativo importante.

Al respecto, si bien la Ley Nº 30709 y su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo Nº 002-2018-TR) ponen énfasis en el factor sexo, y su utilización para prácticas salariales discriminatoria, en realidad supone la positivización interna de una nueva forma general de ver las relaciones laborales. Se trata pues de la materialización de una serie de obligaciones que van más allá del veto a las decisiones del empleador basadas en supuestos prohibidos por discriminatorios, sino que, complementados con las tendencias jurisprudenciales y los pronunciamientos administrativos que se han venido presentando, constituyen un mayor control, fiscalización, sanción, e incluso, para algunos, una dirección de las decisiones y políticas del empleador. Visto de esta manera, para efectos de la

* Profesor de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la misma casa de estudios, y egresado de su Maestría en Derecho Constitucional. Socio y Jefe del Área Laboral de Hernández y Cía, Abogados. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

determinación de la remuneración, no faltará quien señale que el empleador habría pasado a ser el sujeto subordinado.

El tema no es de poca relevancia. Siempre hemos entendido que las facultades del empleador han estado sometidas a límites, muchos de ellos previstos normativamente, y otros por propia definición o en contraste con normas declarativas de derechos de los trabajadores. Sin embargo, la resistencia a tales límites, bajo la idea de pertenencia, no solo de la fuente de trabajo, sino del trabajador mismo, al empleador, ha permitido que durante mucho tiempo no se impongan normativamente mecanismos para un adecuado control de las obligaciones que derivan de esos límites.

En ese campo, además, la fijación de la remuneración, y más aún, de las políticas remunerativas y la categorización del personal, constituyen un núcleo duro de las facultades del empleador que lleva a este último a una clara oposición e, incluso, indignación, frente a la intromisión de las autoridades, y más aún de los mismos trabajadores (aunque sea de forma indirecta).

De acuerdo a lo antes señalado, el presente trabajo tiene como objetivo revisar el tratamiento que ha recibido el tema de la igualdad salarial a nivel normativo, jurisprudencial y administrativo en el Perú, con el fin de, a partir de ello, revisar la verdadera trascendencia de la nueva regulación y la situación real que se presenta hoy para los empleadores.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES COMO LÍMITES A LOS DERECHOS Y FACULTADES DEL EMPLEADOR

En materia de derecho fundamentales, el ordenamiento peruano tiene un desarrollo de varias décadas, en el que el reconocimiento de los mismos tiene un desarrollo amplio. Dicho reconocimiento incluye la eficacia horizontal de tales derechos, es decir, su trascendencia de la relación del individuo con el estado y las autoridades en general (eficacia vertical) al ámbito de las relaciones entre particulares, siendo este último en el que se desarrollan las relaciones laborales. Al respecto Cruz Villalón señala que esta tesis *"presenta particular incidencia en las relaciones laborales, a la vista de la fuerte capacidad de condicionamientos de los poderes directivos y organizativos empresariales al ejercicio por parte de los trabajadores de sus derechos fundamentales y libertades públicas"*[1].

Esta eficacia horizontal, entendida en un inicio con relación a derechos de los trabajadores como tales, se extiende a la consagración, defensa y promoción de las libertades y derechos que tiene un trabajador como persona y que deben mantenerse dentro de la relación laboral a los que la doctrina denomina *derechos y libertades laborales inespecíficos*. En ese sentido, el mismo Cruz Villalón afirma que

[1] CRUZ VILLALON, Jesús. Compendio de Derecho del Trabajo. Madrid: Editorial Tecnos, 2008. p. 166.

> *"en el ejercicio de sus poderes organizativos, pues, el empresario, no sólo debe ser respetuoso con el ejercicio de los derechos fundamentales específicos en materia laboral (como son la libertad sindical y el derecho de huelga), sino igualmente respecto de los restantes derechos fundamentales inespecíficos, en la medida en que los mismos se ejerciten y garanticen en el ámbito de las relaciones laborales: derecho a la intimidad, libertad de expresión, libertad ideológica, derecho de reunión, etc."*[2].

Así pues, un aporte importante en la consolidación de esta visión lo constituye la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se desarrolla de fines de los años noventa para adelante, y que tiene probablemente en los casos Serpost (STC Nº 1058-2004-AA/TC) y Rosado Adanaque (STC Nº 0895-2001-AA/TC), las expresiones más emblemáticas de la prevalencia de los derechos fundamentales que ostentan los trabajadores por su calidad de personas frente a las prerrogativas del empleador[3].

Dicha tendencia es extendida hoy al ámbito del Poder Judicial, de la que es claro ejemplo la Casación Nº 14614-2016-Lima, del 10 de marzo de 2017, en la cual la Corte Suprema considera que la facultad del empleador de regular las condiciones en que debe prestar servicio su personal, mediante el uso de un instrumento tan suyo como es el reglamento interno de trabajo, se ve limitada por la prevalencia de derechos fundamentales de los trabajadores como el derecho a la intimidad, el secreto a las comunicaciones, la libertad de opinión o pensamiento, entre otros[4].

Lo cierto es que la oposición a estas limitaciones no se ha hecho esperar, y se justifican no solo en las facultades del empleador propias de la relación laboral, sino en su libertad de contratación y la libertad de empresa, de la que deriva su libertad de organización (amparada en el ámbito laboral, en la facultad de dirección que le atribuye la subordinación).

---

[2] Ibid. p. 167.

[3] Mientras en el caso Serpost, se antepone el derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad del trabajador, a la facultad de fiscalización y sanción del empleador, en el caso Rosado Adanaque, prevalece el derecho a la objeción de conciencia del trabajador frente a la facultad de dirección y el *ius variandi* del empleador.

[4] El citado pronunciamiento resuelve el recurso de casación presentado por la demandada, en que cuestiona la sentencia de vista por declarar inválidos varios artículos del Reglamento Interno de Trabajo, entre ellos, aquellos que regulan las declaraciones de los trabajadores, la posibilidad de la propiedad del empleador sobre la información contenida en los equipos de cómputo, la imagen y presencia de los trabajadores, entre otros. La Corte Suprema, refiriéndose a la facultad de control del uso de los bienes que entrega el empleador al trabajador, específicamente a herramientas como las computadoras, la cuenta de correo electrónico y la página web, así como los programas e información que haya en las mismas, señala que *"esta facultad de control reconocida a nivel doctrinario como en la legislación interna como lógica consecuencia al poder de dirección no es irrestricta. Dicho control empresarial encuentra sus límites en que su ejercicio sea funcional y racional"*.

No cabe duda que, las limitaciones impuestas por los derechos fundamentales de los trabajadores suponen muchas veces un control no solo de la posibilidad que tiene el empleador de organizar las labores de su personal y la fiscalización de sus actividades, sino que puede significar una intromisión en su organización empresarial, presupuestal o administrativa en general, aspectos en los que la resistencia puede ser mayor.

No resulta pues lo mismo que el empleador no pueda destacar a un trabajador que sufre del corazón a una localidad ubicada a una elevada altura con respecto al nivel del mar o que no pueda asignarle determinadas labores pues podrían afectar su dignidad, a que se le imponga la obligación de someterse a limitaciones en la asignación de remuneraciones o incrementos salariales, se le imponga el establecimiento de cuadros o políticas de remuneraciones dentro de determinados lineamientos, o que se le exija hacer públicas las remuneraciones asignadas a su personal. Estas limitaciones o reglas parecen ser más sensibles, al tener una incidencia directa en decisiones de tipo general, colectivas y directamente económicas.

En todo caso, igual nivel de cuestionamiento ha tenido, por ejemplo, en su momento, la imposición de cuotas de contratación de personal con discapacidad (que implica además la obligación de realizar ajustes razonables). Lo importante será entonces determinar hasta donde tales disposiciones tienen una justificación jurídica.

Todo esto nos lleva a aterrizar el tema en el campo jurídico, esto es, en el reconocimiento de los derechos de ambas partes en la relación laboral. En esta materia debemos entonces considerar que, frente a las libertades de empresa y de contratación consagradas en los artículos 59º[5] y 62º[6] de la Constitución, se presenta la consagración constitucional de los derechos fundamentales del trabajador, tanto por su calidad de persona como de trabajador.

En este aspecto, tres disposiciones constitucionales juegan un papel trascendental. La primera es el artículo 23º de la Constitución cuando señala que *"ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"*.

La segunda es el artículo 3º de texto constitucional cuando señala que *"la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno"*, lo que suma a los derechos reconocidos expresamente en la Constitución a otros derechos fundamentales, entre ellos, los consagrados mediante tratados internacionales suscritos por el Perú.

---

[5] *"Artículo 59º.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. (…)".*

[6] *"Artículo 62º.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato (…)".*

La tercera es la Cuarta Disposición Final y Transitoria, cuando establece que *"las normas relativas a los derechos y 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"*, configurando lo que se conoce como un bloque de constitucionalidad, que extiende la protección de nivel constitucional no solo a lo señalado por la Carta Magna sobre los derechos en ella consagrados (explícita e implícitamente) sino además al contenido o desarrollo que sobre los mismos realizan los convenios internacionales.

Queda claro pues el sometimiento al que queda sujeto lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral[7], que otorga al empleador las facultades de dirección, fiscalización, sanción y *ius variandi* dentro de la relación laboral, norma que de por sí ya limita la facultad de sanción a la razonabilidad de la medida que se adopte, y el *ius variandi* a una justificación basada en criterios de razonabilidad y necesidades del centro de trabajo[8].

Al respecto, llevando el tema el ámbito salarial, Blume Moore señala que las diferencias entre trabajadores basada en aspectos como el esfuerzo, la entrega, el logro obtenido o el talento, no sólo deben ser admitidas sino también fomentadas, de forma tal que *"una mejora salarial no tiene implícita en sí misma la posibilidad de que pueda exigirse su automática extensión a los demás trabajadores o su distribución igualitaria entre ellos, pues se enmarca dentro de la potestad organizadora del empleador"*[9]. Sin embargo, el mismo autor afirma que *"aunque la facultad de determinar los salarios al interior del centro de trabajo supone un amplio margen de discrecionalidad para el empleador, esta libertad no puede ser ejercida de modo irrestricto"*[10]. Y es que, nadie puede desconocer las facultades que, en virtud de la subordinación y las características mismas de la relación laboral, ostenta el empleador, y que son necesarias para obtener un resultado productivo. Lo que se plantea en todo es la prohibición de la arbitrariedad, más aún cuando colisiona directamente con derechos o libertades fundamentales.

III. DERECHO A LA IGUALDAD Y DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

---

[7] Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR.

[8] *"Artículo 9º.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.*
El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo".

[9] BLUME MOORE, Iván. *"Mejoras salariales, principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores"*. En: Ius et veritas Nº 42. p. 233.

[10] Ibid. loc. cit.

En el ámbito salarial, las limitaciones más importantes a la libertad de organización del empleador están sustentadas en dos derechos constitucionalmente reconocidos: el derecho a la igualdad y el derecho a no ser discriminado.

Lo primero que debemos indicar es que, en la línea de lo señalado en el punto anterior, la aplicación de ambos derechos al ámbito laboral, tiene su origen en la visión de respeto a los derechos fundamentales de toda persona, siendo incluso considerados dentro del listado de derechos inespecíficos a los que hicimos referencia. Así pues, Toyama Miyagusuku nos menciona que

> *"las libertades y derechos inespecíficos de la 'ciudadanía laboral' que podríamos citar a manera de ejemplo son la libertad ideológica, la igualdad y no discriminación, la intimidad personal, la libre expresión, la tutela judicial efectiva, el honor y la propia imagen, etc."*[11], y nos recuerda que *"todos ellos son de titularidad general, pero cuando son ejercidos por los trabajadores adquieren un carácter laboral específico"*[12].

Sobre el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación, el tratamiento no ha sido necesariamente uniforme, llegando incluso en algunos casos a tratarse como un solo derecho, colaborando a ello probablemente la redacción del texto constitucional.

Así pues, la Constitución hace referencia a estos derechos en más de uno de sus artículos. El primero es el artículo 2º, literal 2º, cuando considera como derecho fundamental *"a la igualdad ante la ley"*, haciendo referencia además a que *"nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole"*. Por su parte, el artículo 103º señala que *"pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas"*. Finalmente, al regular los principios aplicables a la relación laboral se considera como uno de ellos a la *"igualdad de oportunidades sin discriminación"*.

Si bien, una solución podría ser considerar que el derecho a la igualdad y del derecho a no ser discriminado constituyen un solo concepto, diferenciarlos y entender su contenido, nos permite también analizar sus efectos e interpretar las disposiciones legales que se desprenden de éstos.

En tal sentido, debemos empezar revisando el origen de estos derechos. De esta manera, apostamos por la forma en que trata el tema Neves Mujica[13], quien enfoca el asunto desde los conceptos de igualdad formal e igualdad sustancial, conectando a la

---

[11] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *"Los empleadores ideológicos y las libertades inespecíficas de los trabajadores"*. En: Ius et veritas Nº 16. p. 194.
[12] Ibid. loc. cit.
[13] NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del trabajo. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2da. Edición, 2012. p. 138-146.

primera con el concepto de discriminación directa y a la segunda con el de discriminación indirecta, tal como describimos a continuación.

En relación a la igualdad formal, la misma se basa en una igualdad exigible a partir de la comparación de dos personas para ver si están en una situación común y luego otorgar el tratamiento de acuerdo al resultado de esa comparación. Siendo así, debe darse un trato igualitario entre iguales y uno distinto entre desiguales.

Dicha igualdad formal deriva entonces en una doble faz. La primera, a la cual se le conoce como igualdad ante la ley, está relacionada al Estado y el ejercicio de sus potestades como tal, y encierra un mandato de tratamiento igualitario tanto en la producción de las normas como en la aplicación de éstas. Al respecto, algunos autores consideran que se puede hablar de una *"igualdad en la ley o en el contenido de la ley"* y de otra denominada *"igualdad ante la ley o en la aplicación de la ley"*, diferenciando los dos supuestos de aplicación mencionados[14]. Estos dos supuestos de aplicación estarían reconocidos en el artículo 2º, inciso 2, y en el artículo 103º de la Constitución, que hacen referencia a la igualdad ante la ley y a la prohibición de elaborar normas especiales basadas en la diferencia entre de las personas no justificada en la naturaleza de las cosas, respectivamente.

La segunda faz está relacionada a la aplicación del principio de igualdad entre particulares, donde es obvio, se manejan las relaciones laborales (incluso cuando el Estado ocupa la calidad de empleador, actuando para esos efectos como un particular). Esta segunda faz es conocida como la igualdad de trato, y alcanza a la autonomía privada en general (decisiones unilaterales del empleador, acuerdos colectivos celebrados entre empleadores y sindicatos, etc.).

Aquí un elemento importante que será trascendente para el análisis del trato que se ha otorgado al tema salarial en el Perú. La verificación de un trato diferenciador injustificado nos lleva a un supuesto de discriminación directa, a entender de Neves Mujica, con dos significados de alcances distintos. En un primer caso, la desigualdad se presenta cuando se practica una distinción arbitraria, sin causa objetiva y razonable. En un segundo significado, la desigualdad se presenta solo si existe un motivo prohibido por el ordenamiento que haya originado el trato diferenciado. En ambos casos, existe la posibilidad de descartar un trato discriminatorio si la medida se justifica en la naturaleza de la actividad o en las condiciones del servicio[15].

De acuerdo a lo antes señalado, en el primer caso, un acto será discriminatorio si un trabajador recibe un trato diferente a otro trabajador que está en una situación similar, sin que exista una causa objetiva y razonable para ello. En el segundo caso, se exigirá que el trato discriminatorio se base en un motivo prohibido por ley, como por ejemplo, el sexo de la persona afectada. En ambos casos, existe un control de validez del acto, pero

---

[14] EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Estudios Constitucionales. Lima: ARA Editores, 2002. p. 97. BLUME MOORE, Iván. Igualdad salarial entre mujeres y hombres en el Perú. De la construcción teórica a la aplicación práctica. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010. p. 19-20.
[15] NEVES MUJICA, Javier. op. cit., p. 140.

en el segundo, para ser considerado discriminatorio, debe comprobarse la existencia del motivo prohibido.

Esto nos lleva a que incluso se tenga una visión que diferencia el principio de igualdad del principio de no discriminación, o que simplemente se distinga a este último del primero[16]. Al respecto, Blume Moore señala que *"el análisis del principio de no discriminación es mucho más estricto e intenso que la pura y simple violación del principio de igualdad. La igualdad se sustenta en la mera prohibición de la expedición y aplicación de medidas desiguales arbitrarias e irrazonables. En la no discriminación, la justificación de la medida o acto discriminatorio queda prácticamente suprimida, cediendo terreno a la prohibición casi objetiva y absoluta cuando se verifica la existencia de un motivo discriminatorio"*. Más adelante veremos cómo esta indefinición de cómo entender estos principios incide en el tratamiento de la igualdad salarial en nuestro país.

Ahora bien, para completar la compleja visión de la igualdad y discriminación, debemos indicar que, habiendo superado la fase de la igualdad formal, en la que no se busca ningún cambio sino solo el control de los actos discriminatorios (discriminación directa), arribamos a lo que se conoce como igualdad sustancial, a partir de la cual se exigen actos de igualación (acciones positivas) que favorecen a determinados colectivos perjudicados con políticas aparentemente neutrales que lo colocan en una situación de desventaja frente al resto (impacto adverso), y que son consideradas discriminatorias sino están sustentadas en las necesidades de la empresa o la inexistencia de otras alternativas. La situación que se presenta se conoce como discriminación indirecta, y los actos de igualación aplicados, si bien suponen un trato diferenciado, son permitidos como medida de equiparación que apunta a la igualdad, en este caso, sustancial. Tales actos constituyen lo que se considera como igualdad de oportunidades, regulada expresamente en el ámbito laboral en el artículo 26 de la Constitución y en las relaciones en general en el artículo 2º, inciso 2, del texto constitucional.

Bajo estos términos, Neves Mujica termina afirmando que la discriminación indirecta solo tiene cabida si se asume la visión estricta de la discriminación directa (que exige la existencia de un motivo prohibido en la diferenciación) pues en la visión amplia (que considera discriminatorio cualquier acto diferenciador que no se sustenta en causa objetiva y razonable) no hay medidas neutras, no interesa si existe o no intención lesiva[17].

Lo cierto es que la jurisprudencia en el Perú, con relación a la discriminación, ha terminado aplicando un tratamiento que considera al principio de igualdad y al principio de no discriminación como uno solo, otorgándole la acepción amplia expuesta en líneas anteriores. Así, la STC Nº 00009-2007-AI y 00010-2007-AI, del 29 de agosto de 2007, establece que la igualdad será vulnerada cuando *"un trato desigual carezca de justificación objetiva y razonable"*, es decir, si se presenta *"un trato arbitrario, caprichoso e*

[16] En ese sentido, Boza Pro, desarrolla por separado el principio de igualdad y el principio de no discriminación, a partir de las acepciones esbozadas (BOZA PRO, Guillermo. Lecciones del Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011. p. 168-175).
[17] Ibid. p. 145.

injustificado, y por tanto, discriminatorio", con lo cual, no se exige la existencia de un motivo prohibido para calificar el acto como infractor del principio de igualdad y no discriminación.

Esta situación presentada de indefinición de los alcances de la protección tiene su origen definitivamente en las distintas interpretaciones que se ha realizado del texto constitucional que establece que toda persona tiene derecho *"a la igualdad ante la ley"*, señalando a continuación que *"nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole"*, lo que ha llevado a algunos a afirmar, a diferencia del Tribunal Constitucional, que se trata de un solo derecho, entendido bajo la concepción estricta que exige un motivo prohibido para que se considere un acto como discriminatorio.

En el ámbito laboral, un problema similar se presenta con lo señalado en el Convenio 111 de la OIT que ha permitido que existan también posiciones encontradas sobre la necesidad o no de un motivo prohibido para calificar un acto como discriminatorio, y por tanto, invalido, situación que de hecho no se ha presentado solo en el ordenamiento peruano[18].

IV. IGUALDAD SALARIAL Y SU CONTENIDO: LAS REGLAS DE *"IGUAL REMUNERACIÓN POR IGUAL TRABAJO"* E *"IGUAL REMUNERACIÓN POR TRABAJO DE IGUAL VALOR"*

Considerando lo señalado en el punto anterior, para efectos de los objetivos del presente trabajo, corresponde ahora determinar, más allá de las discusiones teóricas, si existe un derecho a la igualdad salarial, y cuál sería su alcance. Lo primero parece caer de maduro, considerando las disposiciones constitucionales ya esgrimidas, y que, teniendo presente la teoría de los derechos y libertades laborales inespecíficos (que hoy nadie discute) alcanzan a las relaciones laborales. A partir de ello, el reconocimiento del principio de igualdad y del principio de no discriminación en el ámbito laboral no se limitaría a la igualdad de oportunidades reconocida expresamente en la Constitución, sino que se extendería a toda la protección contra actos diferenciadores arbitrarios.

El tema entonces girará en la determinación de qué se considera un acto contrario a la igualdad salarial. Ello nos devuelve a la discusión de los alcances de los principios de igualdad y no discriminación, si se entiende como uno sólo o diferenciados, y bajo que acepción.

---

[18] Así pues, en Colombia, se ha interpretado que, de acuerdo al texto del Convenio Nº 111 de la OIT, se configura el acto discriminatorio por el solo trato diferenciado sin aplicación de un criterio objetivo. Al respecto, Julían Díaz Acosta y Juan Diego Dimaté nos indican como, en el ámbito salarial, a partir de los señalado por la Corte Colombiana *"las diferencias en la retribución de trabajadores que desempeñan iguales labores, de acuerdo a la normativa internacional sobre el trabajo, solo podrán justificarse cuando obedezcan a criterios objetivos"* (DIAZ ACOSTA, Julían y Juan Diego DIMATÉ. *"A trabajo igual, salario igual: la carga de la prueba en procesos de nivelación salarial según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia"*. En: UNA Revista de Derecho. Vol 1: 2016. p. 10).

En efecto, si se considera que se trata de dos principios distintos, uno que comprende como invalida cualquier diferenciación que no tenga una causa objetiva y razonable, y otro que exija la existencia de un motivo prohibido para que se invalide el acto diferenciador, los alcances de la protección serán bastante amplios, y puede alcanzar a todo acto diferenciador arbitrario. Lo mismo sucedería si se asume que existe un solo principio cuyo contenido tiene este último alcance. No sucede algo similar si se considera la existencia de un solo principio, pero con un contenido basado en la exigencia de un motivo prohibido para descalificar el acto diferenciador.

En el ámbito laboral, resolver este tema otorga a los instrumentos internacionales un papel fundamental considerando lo señalado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. En relación a la discriminación en general, hemos ya mencionado que el Convenio Nº 111, permite interpretaciones en ambos sentidos. En todo caso, en materia salarial, será importante las conclusiones a las que se puede arribar a partir de lo señalado en el Convenio Nº 100, referido específicamente a esta materia.

El citado convenio señala como obligación de los países miembros de *"promover y (…) garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor"*. Esta forma en que delimita los alcances de la obligación permite interpretar que la protección en materia salarial alcanza solo a actos diferenciadores que están basados en un motivo prohibido, incluso expreso, que en este caso sería el sexo, manifestado en la diferenciación entre varones y mujeres.

Sin embargo, no se trata del único instrumento internacional que aborda el tema. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 23.2 que toda persona *"tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual"*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 7º, hace referencia al derecho a *"un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinción de ninguna especie"*, asegurándose a las mujeres *"condiciones de trabajo no inferiores a los hombres, con salario igual por trabajo igual"*. Finalmente, el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación de los Estados de garantizar *"un salario equitativo o igual por trabajo igual, sin ninguna distinción"*.

La forma en que están redactados estos convenios nos lleva a destacar los términos de *"igual remuneración por igual trabajo"* y de *"igual remuneración por trabajo de igual valor"*, utilizados en tales instrumentos.

Al respecto, debemos indicar que la regla *"igual remuneración por igual trabajo"*, implica una evaluación de las diferenciaciones salarial a partir de una comparación entre el trabajo realizado por el posible afectado y el realizado por el trabajador o los trabajadores propuestos como homólogos, a efectos de determinar si son iguales o similares. Si es así, se procede al análisis de si existen elementos objetivos y razonables que justifiquen la medida. Se trata de una regla aplicable de forma general, a todo trabajador, más allá de si se encuentra en una situación que le permite alegar una

discriminación por motivos prohibidos. De esta manera, estamos ante una materialización de la igualdad de trato en el ámbito salarial.

De otro lado. la teoría del valor comparable o regla de *"igual remuneración por trabajo de igual valor"* tiene su origen en contar con un factor de evaluación más justo que el simple *"trabajo igual"*. En efecto, la regla de igual remuneración por trabajo igual, *"permite las diferencias salariales respecto a trabajos que no son iguales. Por ello, no es efectiva cuando se trata de eliminar la desigualdad salarial en trabajos distintos. La Teoría del Valor Comparable surge con apoyo en la tesis de que las mujeres tienden a laborar en trabajos distintos que los hombres y que por ende resulta necesario brindarles protección respecto de aquellas desigualdades de orden salarial que se producen en trabajos que no son iguales"*[19].

Esta necesidad de evaluar la diferenciación salarial en supuestos en los que no existen trabajos iguales, pero puede concluirse que ostentan el mismo valor, tiene su origen sin duda en supuestos en que, por el factor de distribución del trabajo, la posibilidad de encontrar trabajos iguales es menor, y no por ello, la diferenciación remunerativa es justa. El caso más evidente, y por tal razón, en el que ha tenido origen esta teoría, es de las mujeres, asignadas muchas veces a trabajos distintos al de los hombres, pero que pueden tener el mismo valor. En esos casos, la evaluación de la diferenciación parte de una comparación no de la labor realizada propiamente, sino del valor que se le ha otorgado a la misma.

La determinación de lo que se considera como un trabajo de igual valor parte de una evaluación de puestos de trabajo y la determinación de los requerimientos que se necesitan para éstos. Entre los factores para comparar los requerimientos podemos encontrar la aptitud, el esfuerzo, las responsabilidades y las condiciones de trabajo[20].

Como puede apreciarse, estamos ante criterios de evaluación que, aunque pueden presentar un tratamiento más justo implican un nivel de análisis más complejo, y exigen, para su aplicación, imponer una serie de obligaciones del empleador más exigentes e invasivas (con relación a su libertad de organización).

Conociendo los alcances de las reglas de *"igual remuneración por igual trabajo"* y de "igual remuneración por trabajo de igual valor" mencionadas por los convenios internacionales revisados, corresponde determinar el alcance de los mismos.

En la visión amplia expuesta en líneas anteriores, que no sujeta la existencia de una diferenciación inválida a la existencia de un motivo prohibido, la referencia a estas reglas, en especial, a la de *"igual remuneración por igual trabajo"*, permitiría extender la protección que supone la igualdad salarial, a todo trabajador, contra todo acto arbitrario de diferenciación arbitrario. En la visión estricta, la igualdad salarial solo alcanzaría a la

---

[19] BLUME MOORE, Iván. *"Mejoras salariales…"*. op. cit. p. 239-240.
[20] BLUME MOORE, Iván. Igualdad salarial… op. cit. p. 78-79.

protección contra actos diferenciadores basados en motivos prohibidos, de manera específica, al sexo, espacio en el que tuvo su origen la regla de *"igual remuneración por trabajo de igual valor"*.

En el Perú este tema se presenta aún como materia de debate. Así, por ejemplo, Mejía Madrid señala que *"el derecho a una igual remuneración por trabajo de igual valor no prohíbe pues las desigualdades salariales; prohíbe que éstas se basen en motivos prohibidos, permitiendo determinar la discriminación salarial incluso entre trabajos que no sean idénticos, en particular, en un mercado de trabajo que presente patrones de segregación basado en dichos motivos"*[21].

Por su parte, Blume Moore señala, en relación a esta regla, que *"la ley prohíbe pagar a una persona una remuneración menor que la que percibe una persona cuando ambos realizan trabajos que requieren la misma habilidad, esfuerzo y responsabilidad y son ejecutados en el mismo establecimiento bajo similares condiciones, salvo que la diferencia se base en la antigüedad, el mérito, la calidad o cantidad de la producción o cualquier factor objetivo distinto"*[22]. Asimismo, agrega que la citada regla *"es, más bien, la expresión del principio de igualdad de trato aplicada a la retribución, pues concreta la interdicción de la arbitrariedad de trato en materia laboral"*[23].

De otro lado, Sarzo Tamayo nos plantea los alcances de las reglas comprendidas en los tratados internacionales, incluso, como contenido del derecho a una remuneración equitativa y suficiente consagrado en el artículo 24º de la Constitución[24]. En efecto, el citado autor plantea que

> *"el contenido constitucional del derecho a una remuneración equitativa consiste en la igualdad de remuneración por un trabajo igual y en la igualdad salarial por un trabajo de igual valor, sin ningún tipo de distinción"*[25]. Asimismo, agrega que *"tal como lo mencionan las normas internacionales (…) el principal sujeto protegido serán las mujeres que sufren discriminación salarial por su condición de tal. Sin embargo, nada impide que este contenido constitucional proscriba también cualquier otra situación (sistemática o no) de discriminación salarial basada en motivos prohibidos distintos al sexo (origen, raza, edad, etc.)"*[26]. Finalmente, afirma que *"por la forma en que el derecho a una*

[21] MEJIA MADRID, Renato. "La igualdad de la remuneración por trabajo de igual valor". En: Ius et veritas Nº 37. p. 130.
[22] BLUME MOORE, Iván. *"Mejoras salariales…"*. op. cit. p. 42.
[23] Ibid. p. 43.
[24] *"Artículo 24º.- El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual".*
[25] SARZO TAMAYO, Víctor Renato. La configuración constitucional del derecho a la remuneración en el ordenamiento jurídico peruano. Tesis para optar el Título de Abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. p. 122.
[26] Ibid. loc. cit.

> *remuneración equitativa ha quedado configurado a partir de aquellos instrumentos internacionales y teniendo en cuenta su fundamento en el derecho a la igualdad de trato en el trabajo, afirmamos que el contenido constitucional del derecho a una remuneración equitativa alcanza a proteger a todo trabajador de cualquier acto de diferenciación simplemente arbitrario en materia remunerativa, como podría ser pagar, sin justificación objetiva y razonable, distinto salario a dos trabajadores de la empresa que realizan la misma labor"*[27].

En este panorama de indefinición es en el que se ha desarrollado la jurisprudencia y los pronunciamientos administrativos referidos a esta materia, arribando ha posiciones con elementos bastante interesantes.

V. TRATAMIENTO A NIVEL JURISPRUDENCIAL Y ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ

Si bien el desarrollo legislativo en el Perú no ha presentado un desarrollo importante de la igualdad salarial hasta la promulgación de la Ley Nº 30709 (Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombre y mujeres) que revisaremos más adelante, tanto la jurisprudencia como los pronunciamientos administrativos (en materia de inspección laboral) presentan interesantes lineamientos aplicados por las autoridades para resolver los supuestos de desigualdad de remuneraciones que se presentan.

V.1. Pronunciamientos jurisprudenciales: Tribunal Constitucional y Corte Suprema

En materia salarial, la jurisprudencia peruana mantiene una línea en la cual no diferencia el principio de igualdad del principio de no discriminación, asumiendo el alcance amplio de los mismos, es decir, aquel por el cual todo acto diferenciador es cuestionable si no responde a causas objetivas y razonables. Dicho acto además, para la jurisprudencia, sería calificable como discriminatorio.

En esa línea, en la **STC Nº 2510-2002-AA/TC**, de fecha 31 de marzo de 2004, el Tribunal Constitucional, en un proceso donde se reclama una homologación de remuneraciones, señala que la igualdad se resguarda con el cumplimiento de dos requisitos, el primero, relacionado con *"paridad uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes"*, y el segundo, *"paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones"*. De esta manera, el órgano supremo trabaja sobre la base de hechos, supuestos o acontecimientos, así como circunstancias y condiciones, que, al ser similares, exigen un reconocimiento de mismos derechos y de mismo trato. Por ello, concluye que la igualdad es un derecho fundamental que le garantiza a la persona no ser víctima de discriminación jurídica, es decir a *"no ser*

[27] Ibid. loc. cit.

tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentran en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para la diferencia de trato".

Si bien, la citada sentencia declara improcedente la demanda por considerar que no es la vía idónea debido a la ausencia de un etapa probatoria, deja en claro que, para el Tribunal, *"la primera condición para que un trato desigual sea admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho"*, explicando que con ello se refiere a que existan *"sucesos espacial y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos e intransferibles que hacen de una relación jurídica sea de un determinada tipo, y no de otro"*.

Por su parte, en la **Casación Nº 601-2006**, de fecha 5 de setiembre de 2006, la Corte Suprema estableció que *"la igualdad se configura como un derecho fundamental a la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable"*.

La misma sentencia, haciendo referencia al derecho de igualdad de los trabajadores, señala que *"ante igual laboral asiste el derecho a un trabajador a percibir igual remuneración, con excepción en los casos en que la percepción diferenciada de remuneración responda a circunstancias objetivas y subjetivas -evaluación de tareas, antigüedad, categoría, experiencia, méritos, entre otros- e inclusive a actos de liberalidad del propio empleador"*.

Como puede apreciarse, el pronunciamiento comentado parece ampararse en la visión amplia de los alcances de la igualdad salarial, que comprendería a todo acto diferenciador arbitrario (es decir, sin causa objetiva y razonable), además de aplicar la regla de *"igual remuneración por igual trabajo"*. Debemos hacer notar en este punto que, si bien la Corte Suprema hace referencia a *"actos de liberalidad del empleador"* como origen de la diferenciación, lo que podría hacer pensar que para la Corte el empleador está facultado a aplicar libremente la asignación de remuneraciones, del resto de la resolución, y del desarrollo jurisprudencial posterior en general, queda claro que ello no así.

De esta manera, en la misma resolución, la Corte Suprema establece dos criterios interesantes para la evaluación del respecto del principio de igualdad en materia salarial. El primero, está referido la obligación del empleador de explica de manera *"proporcional y razonada"* cuáles eran las calificaciones y condiciones técnicas de las cuales adolecía el demandante en relación al resto de sus pares que desempeñaban su misma labor y que justificaban un trato diferenciado, considerando así que *"la emplazada no ha demostrado que la remuneración inferior abonada al actor en comparación a otros trabajadores homólogos (que desempeñan igual cargo y condición), encontraban sustento en circunstancias subjetivas u objetivas que justifiquen debidamente tal acto de distinción"*.

Más interesante aún, el pronunciamiento establece que no basta con acreditar la existencia de una condición objetiva que diferencie al supuesto afectado del resto de

trabajadores, sino que es necesario que se acredite como esa condición justifica el trato diferenciado. En ese sentido, la Corte señala que *"la demandada debió demostrar que justamente el requisito del título profesional, era la condición objetiva que determinaba que sus homólogos perciban una remuneración superior"*. En esa medida, en un caso como el expuesto, era necesario que se acredite no sólo que el trabajador no contaba con título profesional y el resto sí, sino como ello era relevante para su labor y, por tanto, para determinar su remuneración. En ese sentido, es claro que, por la forma en que se presta el servicio, lo más probable es que no sea lo mismo que un asistente financiero no cuente con título profesional a que un abogado no cuente con el mismo. Incluso, entre los mismos abogados, no será lo mismo que carezca de título un abogado que no litiga a uno que sí lo hace. En unas circunstancias el título profesional, más allá del aspecto formal, supondrá una condición relevante para el pago (y, por tanto, para una posible diferenciación), y en otros no. Es en esa medida que, obligaciones como la de contar con políticas salariales que comprenda una evaluación de puestos, se alinea con criterios como éste, y definitivamente permiten un mejor control de cumplimiento.

De otro lado, encontramos la **STC Nº 04922-2007-PA/TC** del 18 de octubre de 2007, por la cual el Tribunal Constitucional declaró fundado el recurso de agravio constitucional presentado por el sindicato demandante, contra la sentencia de vista que declaró infundada la demanda, y reformándola declaró fundada la misma. En dicho proceso uno de los pedidos contenidos en la demanda era la homologación de las remuneraciones percibidas por los trabajadores provenientes de la Ex ADUANAS, con los servidores de igual nivel y categoría que laboraban en SUNAT. En dicho pronunciamiento, tras declarar que "*la igualdad de oportunidades en estricto, igualdad de trato obliga a que la conducta ya sea del Estado o de los particulares, en relación a las actividades laborales, no genera una discriminación no razonable y, por ende, arbitraria"*, concluye que en el caso objeto de revisión "*el personal de la ex – Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas, que se encuentran en igual nivel y categoría que el personal que trabaja en SUNAT, reciben una remuneración mucho menor no obstante tener el mismo nivel y pertenecer a una misma institución SUNAT"*.

A partir de ello se considera que, en el caso analizado, *"se vulnera el derecho a la igualdad de los demandantes para percibir una remuneración por igual labor y por igual categoría que la que perciben los trabajadores originarios de la entidad emplazada"*.

Es interesante pues este caso gira en torno a una situación de fusión de dos empleadores. Dicha situación, de acuerdo a lo señalado, no es considerada por el Tribunal como justificable. Sobre este tema, Cermeño Durand señala que *"a menos que afirmemos que las fusiones y adquisiciones califican como un motivo objetivo y razonable que justifica la existencia de diferentes sistemas salariales; deberíamos concluir que la vigencia de la igualdad de trato, aplicada al ámbito salarial, obliga a homogenizar las*

condiciones salariales en los procesos antes señalados"[28]. Esta última sería la posición asumida por el Tribunal.

Ya hacia la presente década, encontramos la **Casación Laboral Nº 1790-2012-La Libertad**, de fecha 19 de noviembre de 2012. En la citada sentencia, se declara fundado el recurso de casación y nula la sentencia de vista por considerar que ha afectado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al expresar un *"diminuto discernimiento respecto del contenido del derecho a la igualdad y la discriminación en materia laboral"*. En esa línea la Corte señala que en la sentencia de vista *"no se disgrega de manera clara y precisa, si durante el período objeto de reclamo, el accionante ha desempeñado funciones similares, pues no resulta suficiente considerar que por el solo hecho de tener el actor con la supuesta homologa el cargo de Registrador, le asistiría la homologación de la remuneración, sino que requiere un mayor análisis comparativo, toda vez que la demandada, alega que han desarrollado trabajos distintos"*. A ello agrega que la Sala *"debe partir su análisis por conceptuar que implica el cargo y qué la categoría, la formación profesional, entre otros, pues no puede homologarse a dos trabajadores simplemente porque tienen una misma denominación de cargo"*.

Es destacable de otro lado la **Casación Laboral Nº 16927-2013-Lima**, de fecha 27 de agosto de 2014, que declaró fundado el recurso de casación presentado por la demandada, y nula la sentencia de vista. En esta resolución, la nulidad que se ampara, basada en la afectación del debido proceso y el deber de motivación de las resoluciones judiciales, se sustentó en que la Sala Superior no realizó un análisis aplicando lo que la Corte Suprema denomina ***"parámetros objetivos de comparación"***, entre el demandante y el homólogo ofrecido, utilizando para ellos factores como *"(i) la empresa proveniente, (ii) la trayectoria laboral, (iii) las funciones realizadas, (iv) la antigüedad en el cargo y la fecha de ingreso, (v) el nivel académico alcanzado y la capacitación profesional, (vi) la responsabilidad atribuida, (vii) la experiencia y el bagaje profesional"*, análisis que es necesario considerando que *"un empleador se encuentra en la potestad de realizar el pago de remuneraciones diferenciadas a sus trabajadores, siempre que dicha diferenciación se otorgue sobre la base de factores legítimos, razonables y externos"*.

Es interesante también lo señalado en la **STC Nº 05293-2013**, de fecha 21 de setiembre de 2015, por la cual se cuestiona la sentencia de vista emitida por el Primer Tribunal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que declaró infundado un pedido de homologación por considerar que la demandante no estaba en la misma situación que los homólogos presentados (varones). La demandante plantea una afectación al deber de motivación de las resoluciones judiciales, pedido que es denegado por el Tribunal Constitucional por considerar que la sentencia objeto de cuestionamiento está suficientemente motivada. En dicha motivación el Tribunal Unipersonal utilizó como criterios que *"la homologación pretendida no es procedente dado que los trabajadores*

[28] CERMEÑO DURAND, Claudia Denisse. La homogeneidad de condiciones salariales en los procesos de fusión y adquisición de empresas. Tesis para optar el Título de Abogada, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013. p. 103.

comparados no tienen las mismas condiciones laborales que la actora"[29], en especial, *"que los cuatro trabajadores comparados eran trabajadores sujetos al régimen de la actividad pública, mientras la recurrente se encuentra sujeta al régimen laboral de la actividad privada"*.

Es importante observar que, aún cuando la demandante es mujer y los homólogos son hombres, el tema no se enfoca desde una discriminación por género, por lo que se analiza si la distinción está sustentada en una causa objetiva y razonable, concluyéndose la misma no existe.

En la **Casación Laboral Nº 5831-2017-Lima**, de fecha 09 de noviembre de 2017, la Corte Suprema consideró que el análisis de la diferenciación realizada y sus causas es muy general, y no comprende un análisis comparativo. En efecto, la Corte declaró fundado el recurso de casación presentado por la demandada, al considerar que no se observó el deber de una motivación adecuada de las resoluciones judiciales. Al respecto, en la sentencia de vista declaró fundada en parte la demanda por considerar que *"la demandada no señaló las diferencias remunerativas que existirían entre diferentes niveles, ni la forma como se asigna la remuneración al interior de cada nivel; tampoco explicó de modo alguno a qué se refiere por trayectoria laboral, ni cómo este elemento funciona respecto del conjunto de trabajadores y no solo respecto del demandante y su homólogo; tampoco ha señalado a qué capacidades y aptitudes se refiere, y tampoco de cómo estos inciden en el monto de la remuneración*". A ello agregó la Sala Superior que la demandada *"no tiene una política remunerativa diferenciada que de modo objetivo, razonable y verificable efectúe distingo entre niveles remunerativos al interior de una categoría"* reconociéndose por ello al demandante el monto máximo que le correspondería en su categoría.

Pese a ello, la Corte considera que la sentencia de vista no contiene una adecuada motivación pues, *"no realiza un análisis aplicando parámetros objetivos de comparación entre el demandante y el trabajador homologado, en los cuales se evalúen entre otros factores (i) la trayectoria laboral, (ii) las funciones realizadas, (iii) la antigüedad en el cargo y la fecha de ingreso, (iv) el nivel académico alcanzado y la capacitación profesional, (v) la responsabilidad atribuida, (vi) la experiencia y el bagaje profesional".*

Asimismo, en la **Casación Laboral Nº 20121-2016-Lima**, de fecha 24 de marzo de 2017, la Corte Suprema realiza un análisis comparativo entre la situación del demandante, con la de dos de sus compañeros (todos varones), en la que concluye que ha existido *"una diferenciación objetiva respecto a su progresión en la carrera dentro de la empresa"*, y en esa medida, se advierte que *"la diferencia laboral existente entre el actor y los homólogos propuestos se basan en la trayectoria laboral en el cargo de supervisor del demandante, lo que significa una remuneración diferenciada que no puede considerarse*

[29] En primera instancia se consideró que dos de los trabajadores comparados tenían más del doble de récord laboral de la demandante, mientras que los otros dos ostentaban un cargo distinto (mayor).

discriminatoria, por estar basada en factores objetivos diferentes demostrados en el proceso y que no han sido desvirtuados por la parte actora".

En un sentido similar se pronuncia la Corte Suprema en la **Casación Laboral Nº 16101-2016-Lima**, del 24 de marzo de 2017, en la cual también se casó la sentencia de vista, declarando infundada la demanda por considerarse que la diferencia salarial entre el demandante y el homólogo propuesto se basó *"en la trayectoria laboral; es decir, en el tiempo de servicios, labores, cargos y responsabilidades diferentes que desempeñó en áreas distintas a las que laboró el reclamante, lo que significa una remuneración diferenciada que no puede considerarse discriminatoria, por estar basada en factores diferentes demostrados en el proceso y que no han sido desvirtuados por la parte actora"*.

En términos generales, y sin perjuicio de los matices encontrados, podemos observar que la jurisprudencia se ha desarrollado sobre la base de reconocer al trabajador una igualdad salarial basada en la idea que, ante un trabajo igual o similar corresponde una misma remuneración, siendo en todo caso, obligación del empleador, justificar con causas objetivas y razonables, la diferenciación remunerativa existente.

V.2. Pronunciamientos administrativos: SUNAFIL

Con relación a los pronunciamientos administrativos en materia de igualdad salarial se ha seguido una tendencia similar a la jurisprudencia, utilizando como sustento jurídico de las obligaciones del empleador el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución y los convenios internacionales ya comentados. Asimismo, se consigna como infracción aquellas prevista en el artículo 25, numeral 17 del Decreto Supremo Nº 019-2006-TR (Reglamento de la Ley de Inspección de Trabajo), que considera como infracción grave *"la discriminación del trabajador, directa o indirecta, en materia de empleo u ocupación, como las referidas a la contratación, retribución, jornada, formación, promoción y demás condiciones, 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"*.

Del desarrollo contenido en los pronunciamientos que hemos revisado, la autoridad de trabajo se ha orientado hacia la calificación de actos como discriminatorios sin aplicar para ello la comprobación de un motivo prohibido, como exigiría la norma antes citada. Al respecto, hemos seleccionado tres resoluciones de intendencia emitidas por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL, que determinan la aplicación de multas por discriminación salarial, basados simplemente en una supuesta arbitrariedad de la medida.

En primer lugar, encontramos la **Resolución de Intendencia Nº 156-2016-SUNAFIL/ILM**, del 1 de julio de 2016, en la cual se señala que, si bien el Convenio 100 de la OIT está referido a la igualdad remunerativa entre varones y mujeres, *"una interpretación sistemática con el principio de igualdad (…) nos permite afirmar que en todo centro de trabajo, el empleador debe otorgar a sus trabajadores, al margen de su sexo, raza u otra condición social, una remuneración igual por un trabajo de igual valor"*. De esta

manera, se extiende el criterio de igual remuneración por trabajo de igual valor, ya no solo a la discriminación salarial por razón de sexo a la simple diferenciación carente de justificación.

En esta misma resolución se considera la existencia de una infracción laboral de la inspeccionada por no poder acreditar los motivos que justifican la diferencia salarial entre los trabajadores afectados y los otros trabajadores que realizan las mismas funciones, pero en una categoría mayor. Es decir, para la SUNAFIL no basta que exista una categoría diferente sino además que las funciones no sean las mismas. Si lo son, debe justificarse cualquier diferencia salarial que exista.

Finalmente, se considera que las alegaciones sobre diferentes cargas de trabajo, la imposibilidad de encargar mayores funciones a las inicialmente pactadas en el caso de los trabajadores repuestos, o los factores de asistencia, puntualidad, evaluación y desempeño supuestamente utilizados para determinar la remuneración no fueron debidamente acreditados por la inspeccionada por lo que debe ser sancionada.

De otro lado, en la **Resolución de Intendencia Nº 536- 2015-SUNAFIL/ILM**, del 17 de diciembre de 2015, analizando el caso de un grupo de trabajadores repuestos, a los que se le pagaban los conceptos de racionamiento y movilidad en montos inferiores a otros trabajadores, obreros igual que ellos, que realizaban las mismas funciones, se concluyó que *"independientemente si los trabajadores tienen continuidad laboral, son repuestos, o, como lo establece la Ley Nº 27803, genera un nuevo vínculo laboral, en ninguno de estos supuestos genera la facultad del empleador de realizar un tratamiento diferenciado entre sus trabajadores, salvo, como se ha expuesto, a través de una justificación objetiva y razonable"*.

De otro lado, en relación a la alegación de la empresa inspeccionada de que debía considerarse en el análisis lo señalado en una norma relacionada a la entrega de los beneficios objeto de la denuncia, la SUNAFIL señaló que *"independientemente del modo a través del cual la inspeccionada se obligó a otorgar dichos conceptos a sus trabajadores, no puede realizar un tratamiento diferenciado en perjuicio de sus trabajadores que se encuentran realizando la misma labor que aquellos que sí perciben los beneficios, más aún si de igual modo les otorgaba a aquellos dichos conceptos, aunque por una cantidad inferior"*.

Finalmente, en relación a la alegación de la inspeccionada sobre la existencia de limitaciones normativas de tipo presupuestal, la SUNAFIL consideró que *"si bien estas pueden limitar la contratación del personal de las entidades públicas, no permite de modo alguno el desconocimiento de los derechos constitucionales de los trabajadores como son el de igualdad y no discriminación, ya que, en su caso, deberán prever y evitar dichas situaciones, en observancia del principio de legalidad"*.

Finalmente, la **Resolución de Sub Intendencia Nº 111-2015-SUNAFIL/ILM**, de fecha 15 de abril de 2015, resuelve el caso de cuatro asesores comerciales integrantes

del Equipo de Crecimiento Vertical de una Compañía, que reciben una remuneración básica mayor a la de doce integrantes del Equipo de Ventas Masivas, pese a que, de acuerdo a las inspecciones realizadas, cumplían las mismas funciones, con las mismas condiciones de trabajo, el mismo apoyo logístico y el mismo uniforme, con un mismo esquema de comisiones. Es decir, estaba en juego la posible afectación de un grupo de trabajadores que triplicaba a otro grupo que recibía un mejor trato. Dicho trato diferenciado, se hizo aún más notorio al revisarse los antecedentes y encontrar que en un determinado momento se incrementó la remuneración de los asesores comerciales del Equipo de Crecimiento Vertical en un 100%, pese a lo cual *"el sujeto inspeccionado no acreditó la existencia de una causa objetiva y razonable para realizar un incremento a favor de cuatro asesores comerciales, sin incluir a los doce integrantes del equipo de ventas masivas"*. Lo interesante con relación a este análisis de la resolución es que trabaja sobre la base de mayorías afectadas por supuestos favores o privilegios a un grupo minoritario. Se rompería así el argumento de que la discriminación gira en torno a la afectación de minorías.

De otro lado, es interesante apreciar que la SUNAFIL realizó no sólo un análisis de cómo se aplicó supuestamente el criterio de experiencia profesional para la diferenciación, sino que descartó ese argumento al considerar que, pese a que los cuatro asesores tenían una experiencia profesional similar, *"el incremento otorgado a dichos asesores no es igual a cada uno de ellos, por lo que no resulta RAZONABLE que este criterio sea el aplicado"*.

A ello agregó que *"si bien la causa alega(da) por la apelante podría ser objetiva, no resulta ser razonable pues que al cumplir igual condición requerida no han recibido el mismo incremento, sino que se incrementó en forma distinta a cada uno de ellos"*.

Sobre las condiciones del servicio como factor diferenciador, basada en el hecho que el Equipo de Crecimiento Vertical tendría dificultades de acceso a clientes, tal situación podría ser compensada *"con la comisión por ventas de productos por parte el Equipo de Crecimiento Vertical, u otra bonificación atendiendo dicha condición de trabajo"*.

Finalmente, en relación a la atención a consultas y quejas de clientes que realiza el Equipo de Crecimiento Vertical, se consideró que al ser esta una labor que en realidad realiza todo el personal, siendo una necesidad del cliente y no una función del cargo, no justifica la diferenciación salarial encontrada, sumándose además el hecho que existían procedimientos legales o internos previstos para la atención de reclamos.

De las resoluciones citadas se puede claramente identificar como es que la autoridad administrativa de trabajo viene sancionado a aquellos empleadores que no pueden acreditar la causa objetiva y razonable de las diferenciaciones salariales que existen con relación a su personal. Tal calificación además no sólo se detiene a identificar las causas, sino que además evalúa las mismas de acuerdo a distintos criterios, en un análisis que correspondería a cada caso en particular. Identificar que factores pueden ser considerados como válidos al parecer no sería una tarea fácil. Solo tendríamos asegurado

que se considerará inválido definitivamente aquellos actos que tengan su origen en una diferenciación por motivos prohibidos, citados en el Decreto Supremo 019-2006-TR.

A nivel administrativo, además deberán sumarse al control que realiza la inspección de trabajo la posible configuración de las infracciones muy graves introducidas por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del Reglamento de la Ley Nº 30709 (aprobado por Decreto Supremo Nº 002-2018-TR), referidas a *"no contar con un cuadro de categorías y funciones o con una política salarial (…)"* y *"no haber cumplido con informar a los trabajadores acerca de la política salarial de la empresa"*[30].

VI. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY Nº 30709 Y SUS IMPLICANCIAS

Como hemos revisado, la regulación legal interna en el Perú no ha tenido a lo largo de los años un desarrollo importante de la igualdad salarial. Salvo por la referencia a la discriminación remunerativa como infracción laboral contenida en el Reglamento de la Ley de Inspección de Trabajo (ya citada) y el lineamiento establecido en la Ley Nº 28983 (Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres) referido a garantizar a las mujeres una idéntica remuneración por trabajo de igual valor (artículo 6º, literal "f"), el desarrollo legal de la igualdad salarial recién ha alcanzado un tratamiento concreto en la Ley Nº 30709 (Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres), y su Reglamento.

El objeto de la citada norma, de acuerdo a lo señalado en su mismo texto, es *"prohibir la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, mediante la determinación de categorías, funciones y remuneraciones, que permitan la ejecución del principio de igualdad remuneración por igual trabajo"*, sustentando ello en el mandato constitucional de igualdad de oportunidades sin discriminación en el empleo y el lineamiento contenido en la Ley Nº 30709 (artículo 1º).

Es interesante apreciar como, si bien las obligaciones introducidas en el ordenamiento por la norma comentada y su reglamento, de acuerdo a su objetivo, estarían dirigidas a evitar la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, trascienden finalmente a aspectos que van más allá del tratamiento de este motivo prohibido.

Así pues, esta regulación establece entre las obligaciones exigibles al empleador (i) contar con cuadros de categorías y funciones, (ii) asegurar que sus planes de formación profesional y de desarrollo de capacidades garanticen la igualdad entre hombres y mujeres, (iii) informar a sus trabajadores la política salarial del puesto de trabajo, y (iv) aplicar esquemas de remuneración variable (si es el caso) que no generen discriminación por motivo de sexo.

[30] Estas obligaciones serán objeto de fiscalización a partir del 01 de julio de 2019, salvo en el caso de las micro y pequeñas empresas, en que las fiscalizaciones sobre estas infracciones se iniciarán el 01 de diciembre del mismo año.

Es claro, que la exigencia de estas obligaciones está orientada a la protección de la mujer frente a una discriminación remunerativa, definida además por el Reglamento como una *"situación que se produce cuando se establecen diferencias salariales o remunerativas basadas en el sexo de la persona y sin criterios objetivos*", la misma que puede ser directa o indirecta (artículo 2º). Siendo así, la razonabilidad de este esquema se debería entender bajo la visión del cuestionamiento a diferenciaciones salariales basadas en motivos prohibidos, en este caso, específicamente el sexo.

Incluso, en esa línea, las normas prevén la elaboración de una guía que contenga las pautas referenciales que pueden ser utilizadas por la organización empleadora para evaluar los puestos de trabajo y definir el cuadro de categorías y funciones, la misma que ha sido aprobada por Resolución Ministerial Nº 243-2018-TR bajo el título de *"Guía para la Igualdad. 1. Igualdad Salarial"*, y que, bajo la idea de *"mismo salario por trabajo de igual valor"* diseña un modelo de valoración de puestos de trabajo que consideran como factores objetivos a considerar (i) las calificaciones y competencias, (ii) los esfuerzos, (iii) las responsabilidades que exige el puesto, así como (iv) las condiciones en que se realizan las labores propias del mismo.

Sin perjuicio de ello, las obligaciones antes señaladas, si bien pueden tener su origen en la protección contra la discriminación por motivo de sexo, se constituyen en instrumentos que permitirían el control de actos de diferenciación salarial simplemente arbitrarios. Así pues, la obligación de elaborar un cuadro de puestos de trabajo o la entrega de las políticas salariales, incluyen un nivel de control mayor de la facultad organizativa del empleador, no solo por las autoridades, sino, incluso, por los mismos trabajadores (individual y colectivamente).

A ello debemos agregar además la inclusión de reglas por la nueva legislación que, se podría entender, no estarían limitadas a la erradicación de actos de diferenciación salarial que han tenido su origen en el motivo prohibido sexo, sino que extenderían la protección legal a actos de diferenciación basados en otros motivos prohibidos, o incluso, a casos de simple diferenciación salarial arbitraria.

Tenemos así pues que el artículo 6º, numeral 6.2., del Reglamento señala que *"por excepción, los trabajadores pertenecientes a una misma categoría pueden percibir remuneraciones diferentes, cuando dichas diferencias se encuentran justificadas en criterios objetivos tales como la antigüedad, el desempeño, la negociación colectiva, la escasez de mano de obra calificada para un puesto determinado, el costo de vida, la experiencia laboral, el perfil académico o educativo, el desempeño, el lugar de trabajo, entre otros"*.

Como puede apreciarse, la redacción de la disposición citada permitiría entender que el supuesto de excepción planteado no trabaja necesariamente sobre la base de actos de discriminación por motivo de sexo, sino que sería de aplicación general, buscando garantizar un trato igualitario entre los trabajadores que laboran en una misma

categoría. Tal situación, nos acerca más a la idea de un control de igualdad de trato orientado a desplazar acciones de diferenciación arbitraria en general, y no únicamente a supuestos relacionados a actos basados en motivos prohibidos, y menos aún, solo al motivo prohibido sexo.

De igual manera, el artículo 7º del Reglamento señala que *"el empleador tiene la potestad de mantener, de ser el caso, la remuneración de un trabajador en un particular nivel o estatus cuando se produzca una modificación de la estructura salarial u organizacional, reclasificación, degradación o ajuste razonable, aunque el valor asignado al puesto de trabajo o categoría haya decrecido o el nuevo puesto de trabajo corresponda a una categoría de inferior nivel remunerativo"*. Al igual que en el caso anterior, esta regulación podría no se limitarse a supuestos de discriminación por motivos de sexo, sino al manejo del sistema remunerativo del empleador en general.

Ahora bien, con relación a las disposiciones propias de la prohibición de discriminación salarial entre varones y mujeres, existen algunos puntos que resaltar, además de la utilización de la teoría del valor comparado, ya citada. En primer lugar, reconocimiento de la facultad del empleador de establecer sus políticas salariales, fijar las reglas para la percepción de la remuneración y los beneficios, así como determinar sus montos, pero sin incurrir en discriminación, directa o indirecta, por motivo de sexo. Se sostiene entonces, tanto la asignación de mayores salarios a los varones sobre las mujeres que presten un trabajo de igual valor. Asimismo, se prohíbe la imposición de requisitos para el acceso a niveles salariales importantes, de factores que, por su naturaleza, pueden ser de menor cumplimiento por parte de un grupo protegido, como es el caso del personal femenino.

De otro lado, en la línea de esta protección, se le atribuye al empleador la carga de la prueba sobre si el trabajo desarrollado por las personas objeto de comparación no son iguales y/o no tiene el mismo valor, para lo que se puede valer de los perfiles de los trabajadores implicados. Nótese en este caso, que la labor de atribuciones de valor a un trabajo es una labor que propia del empleador, que puede ser objeto de revisión por parte de las autoridades, pero que solo puede ser realizada por quien dirige la actividad productiva. Siendo así, y existiendo la obligación de contar con un cuadro de perfiles de puestos, la norma opta por entregarle al empleador la carga de la prueba sobre la validez de sus decisiones salariales.

Asimismo, debemos referirnos a la limitación expresamente impuesta a la autonomía colectiva, cuando se señala que las remuneraciones y beneficios que se soliciten y acuerden en una negociación colectiva deben sujetarse a los criterios de protección introducidos por las normas comentadas, no pudiendo incurrir en prácticas discriminatoria, directa o indirectas, por motivo de sexo. Esta disposición resulta sumamente importante considerando que las reglas salariales aplicables en muchas empresas no tienen su origen solo en la decisión unilateral del empleador, sino también en el ejercicio de la autonomía colectiva de manera conjunta con los sindicatos. De esta

manera, queda prohibido que la negociación colectiva se constituya en una forma de validar decisiones discriminatorias del empleador, o en un instrumento de imposición de medidas de tal naturaleza dirigidas por el mismo sindicato.

Finalmente, para concluir con los temas relevantes de la regulación introducida por Ley Nº 30709 y su Reglamento, con relación a la obligación de comunicar a los trabajadores la política salarial del centro de trabajo, y la referencia a que no constituye parte de tal obligación que dicha política contenga los montos que forman parte de la estructura salarial, debemos indicar que no debe pensarse que ello lleva a la imposibilidad de control sobre los montos asignados al personal. Definitivamente, si bien no existe la obligación de abrir la información salarial al trabajador, ello puede ser exigido por el Poder Judicial o la autoridad administrativa de trabajo cuando exista algún proceso judicial o inspección que lo amerite. El solo hecho de tener una obligación de contar con una política remunerativa, ya en sí, constituye una imposición que obliga al empleador a diseñar un sistema salarial que, además de no contener elementos de discriminación por motivo de sexo, considerando las posiciones de la jurisprudencia y las autoridades administrativas, tiene que estar debidamente sustentado y justificado.

VII. LO QUE IMPLICA LA IGUALDAD SALARIAL PARA EL EMPLEADOR: REFLEXIONES SOBRE EL PANORAMA QUE SE PRESENTA

Lo antes señalado nos presenta un panorama en que, considerando las discusiones doctrinales sobre los alcances de la igualdad salarial, la posición asumida por la jurisprudencia y la autoridad administrativa de trabajo, y las nuevas disposiciones sobre la materia, el empleador debe diseñar un sistema remunerativo que comprenda una justificación objetiva y razonable de las remuneraciones, escalas, y de ser el caso, bandas salariales que aplique al interior de su organización.

Definitivamente, ello contempla también el control especial que debe hacer para evitar tratos discriminatorios, no solo, pero en especial, por motivo de sexo. Dicho control como hemos visto no se limita a sus decisiones o disposiciones unilaterales, sino también a aquellas en que comparte el rol normativo con las organizaciones sindicales.

No queda duda que este nuevo panorama involucra un nivel de control que, pese a las tendencias jurisprudenciales y de los órganos administrativos, no suponía el grado de injerencia que ahora se presenta. La exigencia de cuadros de perfiles de puestos o de una política salarial concreta, evidencia definitivamente un involucramiento en la organización interna del empleador al que podemos no estar acostumbrado. Hasta antes de la norma, el empleador podía alegar la inexistencia de obligación alguna de contar con esos instrumentos y discutir la validez de sus decisiones o actos cuestionados con elementos relacionados de manera específica al caso concreto.

Debe resaltarse además que el alcance de estás obligaciones es general, es decir que se impone a todo empleador, independientemente de su tamaño o sus ingresos. Ello

definitivamente tiene un impacto importante debido a que muchos de los obligados no han contado nunca, formal o informalmente, con instrumentos como los exigidos, ni han pensado alguna vez tenerlos.

Lo cierto en todo caso es que, existiendo obligaciones que cumplir, reglas que alinear con las normas, y una publicidad sobre los instrumentos relacionado al manejo remunerativo del empleador, es muy probable que el nivel de conflictividad, por lo menos durante los primeros años, se incremente. Es importante apreciar que la discusión puede tener su origen desde el trato recibido a partir de una determinada política o estructura, hasta el cuestionamiento a las mismas.

Además, considerando que la política salarial debe ser entregada al momento del ingreso, cuando se produzca una modificación de la categoría o cuando se modifique el esquema de remuneración que le es aplicable al trabajador, las etapas en que el conflicto puede presentarse son varias. Asimismo, ante una situación como ésta, el empleador deberá evaluar los términos de la contratación de manera alineada con los estándares que viene aplicando al personal que está en la empresa. Siendo así, las prácticas en que las condiciones que se ofrecen a los “jales” pueden ser mejores que las otorgadas al personal que ha hecho carrera en la compañía, deberían irse erradicando.

De otro lado, este nuevo panorama implica una obligación del empleador de tener en consideración elementos que antes eran ajenos a determinadas decisiones. Un ejemplo claro se presenta con relación a los supuestos de traspasos de personal, fusiones de empresas o adquisiciones de negocios, en los cuales el impacto de la igualdad salarial será importante. En procesos de ese tipo, las acciones deben apuntar desde la necesidad de comparar los cuadros de puestos o las políticas remunerativas de ambas compañías, hasta revisar el costo de equiparar las remuneraciones entre los trabajadores (homologación).

De igual forma, existe la necesidad de considerar estos elementos para la determinación de ascensos, incrementos remunerativos o sistemas de incentivos, en los cuales la decisión que se adopte hoy puede ser discutidos con mayores elementos. Los sistemas de privilegios basados en elementos subjetivos probablemente sean objeto de cuestionamientos, en una coyuntura además en que el control será mayor.

Por último, hay temas en los pueden presentarse interrogantes que con el tiempo se deben ir cerrando, sea por vía normativa o jurisprudencial. Al respecto, enunciamos tres casos.

Primero, las consecuencias de estas reglas en supuestos de intermediación y tercerización, es decir, en posibles reclamos que derivan de la desnaturalización de estas figuras, y donde el trabajador que busca ser considerado como trabajador de la empresa contratante del servicio (usuaria o principal) puede exigir la asignación del mismo sueldo que perciben quienes realizan un trabajo igual o de igual valor.

Segundo, el caso de la asignación de trabajo dentro de un sistema de comisiones. Más allá de la protección ante actos discriminatorios por motivo de sexo, hay que analizar las consecuencias de las nuevas reglas, dentro de la distribución de cartera de clientes o de puntos de ventas entre el personal sujeto a comisiones. Será importante ver si el tema puede llegar al cuestionamiento de tales medidas organizativas, y hasta qué punto ello supondría ahora la necesidad de aplicar algunos elementos compensatorios si es que las mismas afectan la posibilidad de gozar de una comisión similar al resto del personal de la misma categoría.

Tercero, y para concluir, las implicancias en sistemas de premios o incentivos, y el cuestionamiento que puede existir al resultado de tales sistemas, o a su propia estructura, todo ello bajo la premisa de las reglas de igualdad salarial ya desarrolladas.

Como puede apreciarse, estamos ante un panorama interesante y novedoso, que nos presenta no solo implicancias inmediatas, sino una serie de temas que se irán aclarando con el pasar el tiempo y la aplicación por parte de los operadores jurídicos de las reglas y posiciones existentes.

¿QUE IMPLICA LA IGUALDAD SALARIAL AL INTERIOR DE LA EMPRESA?

ADRIANA VILLALBA[1]

Antes de comenzar a hablar acerca de que implica la igualdad salarial al interior de la empresa, es importante entender que este no es un tema que solo se aborda en Latinoamérica. En investigaciones que ha conducido Mercer a nivel global, encontramos que en países como Estados Unidos o UK, la igualdad salarial entre personas de distinto género es parte de la filosofía o practica de diversidad de las organizaciones (enfoque holístico) y por ende un principio dentro de la estrategia de compensación total de las organizaciones.

En una encuesta de más de 500 empresas a nivel global conducida por Mercer, el 45% afirma estar realizando revisiones en sus políticas de promociones y líneas de carrera para las mujeres y de estas, el 27% ya han definido procesos de revisión de equidad interna de género dentro de su ciclo anual de revisión salarial.

Sin embargo, cuando investigamos más allá de las políticas, aún encontramos que solo el 43% del liderazgo masculino está comprometido con las políticas de diversidad de la compañía y la ven como un win-win y aún observamos que en proporción los hombres promocionan más que las mujeres a puestos de mandos medios y gerentes.

Después de años de investigación y trabajo en distintas organizaciones a nivel mundial, Mercer en su estudio ***"Cuando las mujeres prosperan, las empresas prosperan",*** ha definido una metodología o un marco para una efectiva estrategia de Diversidad e Inclusión.

El primer paso para crear un lugar de trabajo más diverso e inclusivo para las mujeres, y obtener los múltiples beneficios, es garantizar que los empleados de todos los niveles estén alineados con las estrategias de la organización, incluidas las estrategias de diversidad, por ende, esto requiere articular cómo la diversidad apoya los objetivos estratégicos de la organización.

---

[1] Líder de Total Rewards en Mercer Perú. MBA OBS Business School.

En segundo lugar, es importante tener una imagen completa de las experiencias de las mujeres dentro de la organización y estar basada en datos estadísticos de éxito y de esta manera, hacer entender a los empleados, dónde y por qué las mujeres se enfrentan a diversos obstáculos dentro de las empresas. Sin embargo, también hemos encontrado que las pruebas por sí solas no son suficientes; los líderes y los empleados en general deben sentir pasión por crear un cambio real, hacer compromisos personales y comprometer a sus equipos.

Por último, cuando sea el momento de actuar, las empresas deben evaluar sus prácticas, programas y procesos para asegurarse de que están creando igualdad de oportunidades y preparando a todos los empleados para el éxito.

Modelo basado en el estudio de Mercer "When Women thrive, Businesses Thrive"

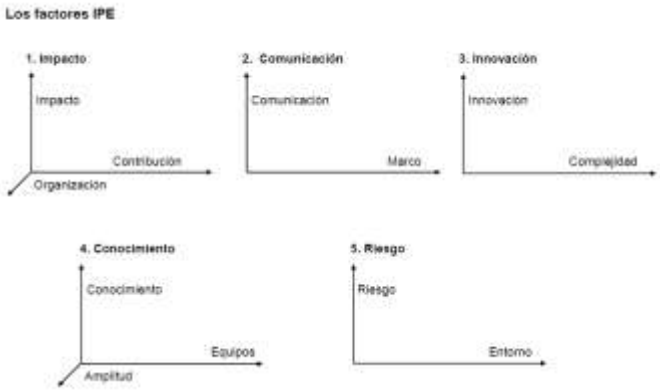
Ahora bien, teniendo claro el modelo, podemos entender que la igualdad salarial al interior de la empresa, debe ser parte de la filosofía de diversidad de las organizaciones y por ende parte de la estrategia salarial de las organizaciones.

Mercer sugiere a las organizaciones utilizar dos herramientas claves dentro de su estrategia salarial para enfrentar los problemas de igualdad remunerativa. Estos son: valoración de puestos y análisis de equidad interna. Adicionalmente se pueden utilizar reportes de encuestas salariales que permitan entender las brechas salariales existentes en las diversas industrias.

Entonces, ¿Cómo los procesos de valoración de puestos pueden ayudar a disminuir los problemas de igualdad salarial en la empresa?

Los sistemas de valoración de puestos, permiten determinar mediante una metodología de puntos por factor el grado relativo de los puestos en una organización, es decir, permite entender independientemente del área funcional, de acuerdo a ciertos atributos, si dos o más puestos en una organización tienen el mismo nivel de impacto y contribución y por ende deberían ser remunerados de manera similar.

Mercer ha determinado 05 factores que cubren los aspectos más críticos para determinar el tamaño de un puesto dentro de su metodología. Estos factores son:



El factor de impacto tiene a su vez tres dimensiones: tamaño de organización, naturaleza del impacto y contribución. Lo primero que se hace a la hora de valorar es determinar el tamaño de las organizaciones de acuerdo al headcount, ingresos o activos y la cadena de valor de una compañía. El tamaño de la organización nos permite delimitar los techos para la posición top en las empresas que suele ser los CEO y/o Gerentes Generales y colocar este puesto como punto de partida del resto de posiciones dentro de la organización.

Las dimensiones de impacto y contribución se miden juntas y permiten entender la influencia de los puestos en la estrategia y/o resultados de la organización y qué tan directa es la contribución de un puesto en dichos resultados.

Por otro lado, el factor de comunicación considera, la frecuencia de comunicación requerida para un puesto, la naturaleza de la misma, así como el contexto o el entorno de dicha comunicación. Es importante saber si la comunicación de un puesto es a lo interno o a lo externo de una empresa y si dicha comunicación es divergente (perder-ganar) o convergente (ganar-ganar).

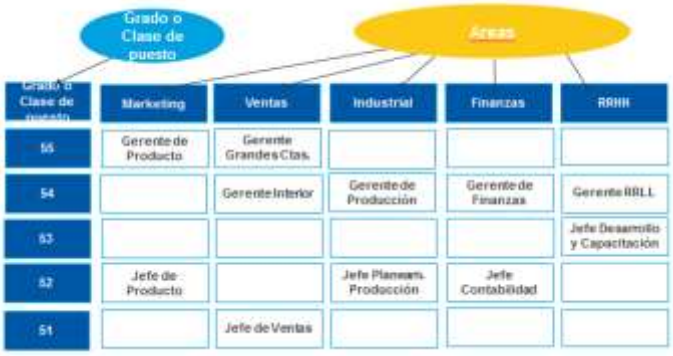
El factor de innovación considera si un puesto debe desarrollar nuevas ideas, técnicas y/o procedimientos, así como la complejidad e impacto de esa innovación en los tres pilares claves de una organización: operacional, financiero y humano.

Por último, el factor de conocimiento también cuenta con tres dimensiones, que son: la naturaleza del conocimiento, el manejo de equipos y el alcance geográfico del puesto. Este factor relaciona el conocimiento al entendimiento organizacional para el logro de los objetivos, es decir, mientras un contribuidor individual basta con que entienda su área de trabajo, un Gerente General deberá tener el conocimiento transversal de la organización. Adicionalmente se evalúa si el puesto debe aplicar ese conocimiento de manera individual o por medio de otros mediante el manejo de equipos. El manejo de equipos puede ser mediante el liderazgo de contribuidores individuales o lo que en nuestra metodología llamamos líder de líderes, es decir que debe liderar a personas que a

su vez también tienen equipos a cargo. Asimismo el alcance geográfico viene dado por la responsabilidad de uno o varios países, o en algunos casos por varios continentes.

El quinto factor que es el riesgo, aplica para organizaciones específicas y se determina el nivel de riesgo al que está sujeto el puesto, desde el punto de vista físico manteniendo las condiciones de seguridad requeridas en el puesto de trabajo.

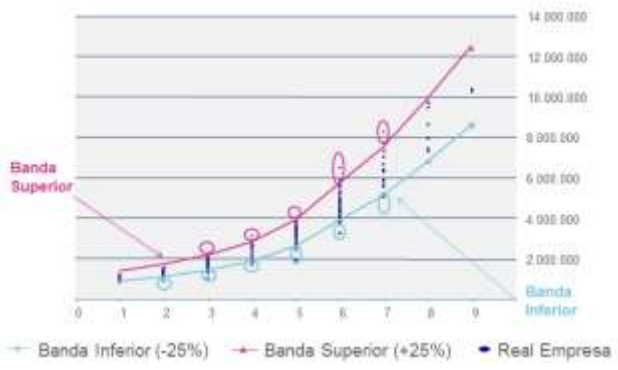
Cada uno de estos factores se puntúa de acuerdo a los puestos en la organización y se determina el grado de puestos, para finalmente dar como resultado un mapa de puestos o un mapa de categorías de puestos por área funcional, como la muestra que sigue a continuación:



Una vez valoradas las posiciones y determinados los grados de los puestos, podemos proceder a hacer uso de la segunda herramienta que es el análisis de equidad interna en la organización.

La equidad interna, es el principio donde todos los empleados deben ser retribuidos adecuadamente de acuerdo con las responsabilidades del puesto. Puestos que sean del mismo grado deberían tener remuneraciones similares, bajo un determinado ancho de banda.

Para determinar la equidad interna en las organizaciones, se utiliza un diagrama de dispersión y se definen unas bandas de equidad con una amplitud aproximadamente de 50% entre el mínimo y máximo de la banda, lo cual nos da como resultado un gráfico similar al que sigue:



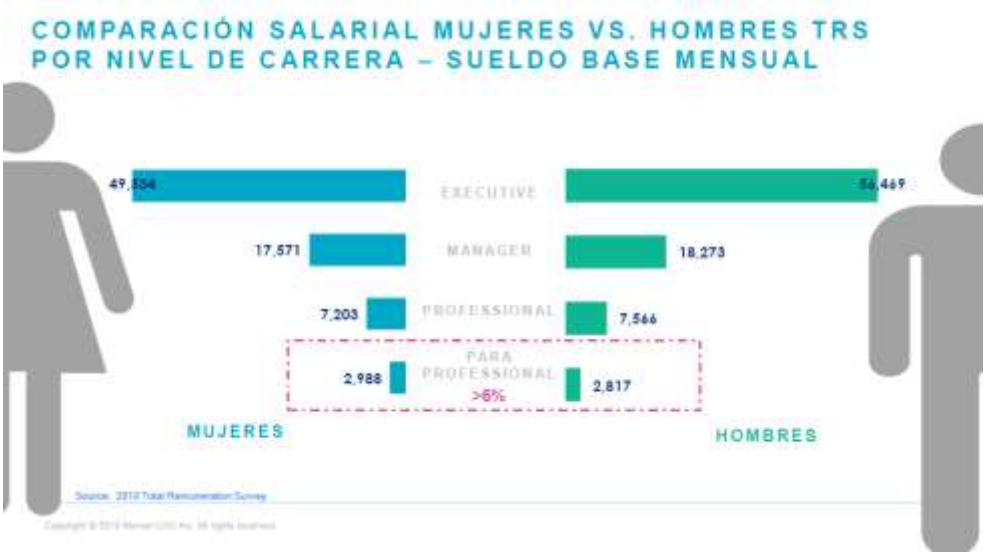
Con los resultados de este análisis, las empresas pueden definir su plan de acción para cerrar las brechas salariales de acuerdo a la situación de la organización.

Estos planes de acción para disminuir las brechas salariales pueden variar dependiendo de las casuísticas, si los empleados se encuentran por encima o por debajo de la banda.

Usualmente cuando los empleados se encuentran debajo de la banda, se debe establecer un plan de incrementos salariales por pasos de acuerdo al presupuesto de la empresa, el cual puede ser incrementos periódicos durante uno o dos años hasta lograr incluirlo en el mínimo de banda. Ahora bien esto es como práctica estándar porque pueden haber casuísticas individuales asociadas al desempeño donde se deberían tomar otras determinaciones.

En el caso de los empleados que están por encima de la banda, suelen estar asociados a colaboradores con mucha antigüedad en las organizaciones y que llevan mucho tiempo en el mismo puesto. En estos casos Mercer sugiere, evaluar si el empleado puede ser promovido a un nuevo puesto o en caso contrario si el empleado no ha promovido producto de un tema de desempeño o capacidades para subir al siguiente nivel, se sugiere trabajar con el colaborador un plan de brechas de competencias para cerrarlas o por el contrario ayudar al colaborador a encontrar una función dentro o fuera de la empresa que vaya de la mano con sus competencias o capacidades.

La aplicación de estas herramientas de gestión en los procesos de recursos humanos ayudan a disminuir las brechas salariales en las organizaciones y así lo demuestra nuestro último estudio de Remuneración Total 2018 (TRS 2018), en el cual las empresas que vienen aplicando o utilizando estas herramientas han disminuido sus brechas salariales hasta en 15% desde el 2015 en niveles ejecutivos e incluso en niveles profesionales la brecha salarial entre hombres y mujeres es prácticamente inexistente.



PONENCIAS LIBRES

EL NUEVO RETO QUE PROPONE LA LEY DE IGUALDAD REMUNERATIVA ENTRE VARONES Y MUJERES: TRES PROPUESTAS PARA SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN PRÁCTICA

IVÁN BLUME MOORE[1]

I. INTRODUCCIÓN

El Convenio No. 100 de la Organización Internacional del Trabajo sobre igualdad de remuneración fue adoptado por la Conferencia General de la organización el 6 de junio de 1951 y aprobado por el Perú, a través de la Resolución Legislativa No. 13284 de 15 de diciembre de 1959.

En esos casi 60 años desde su ratificación, el principio de pago igual por trabajo de igual valor había tenido un desarrollo bastante limitado. Es decir, no pasaba de ser una declaración de principios desprovista de contenido real, una promesa vacía, que no alcanzaba en lo absoluto para cumplir con las exigencias del Convenio No 100 de la OIT.

Del mismo modo, las diferencias salariales entre trabajadores hombres y mujeres en nuestro país persisten de manera obstinada y la incorporación masiva de mujeres al mercado de trabajo peruano no ha venido acompañada de una igualdad efectiva en la remuneración.

En este contexto, se ha expedido la Ley No. 30709, Ley que Prohíbe la Discriminación Remunerativa entre Varones y Mujeres (en adelante, la "Ley"), su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo No. 002-2018-TR, así como Decreto Supremo No. 005-2018-TR, mediante el cual el Ministerio de Trabajo ha emitido disposiciones para garantizar el cumplimiento de esta normativa.

---

[1] Abogado por la Universidad Católica del Perú. Master of Industrial and Labor Relations (MPS), Cornell University. Agradezco muy especialmente los valiosos comentarios de mi esposa, Maria Fernanda Tellez, al presente artículo.

Apenas unos días antes de presentar este artículo para consideración de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) para efectos del VIII Congreso Nacional, se publicó la Resolución Ministerial No. 243-2018-TR, la Guía que contiene las pautas referenciales de evaluación de los puestos de trabajo y definición del cuadro de categorías y funciones; y los modelos de cuadro de categorías y funciones y el contenido mínimo referencia de la política salarial. Por su parte, la Autoridad Inspectiva de Trabajo (SUNAFIL), aún debe expedir los protocolos y directivas de fiscalización.

Con la expedición de este bagaje normativo, el Estado busca emerger de su estadio actual e implementar de manera efectiva el principio de pago igual por trabajo de igual valor y, consecuentemente, reducir la brecha salarial, avanzando hacia la consecución de la igualdad salarial entre hombres y mujeres.

En este sentido, la normativa sobre igualdad salarial entre hombres y mujeres es positiva en aras de concretar el principio de pago igual por trabajo de igual valor en su condición de derecho fundamental del trabajo. Sin embargo, la normativa ha generado dudas y controversia, pues debe reconocerse que no se trata de un cuerpo normativo homogéneo; por el contrario, presenta múltiples desconexiones entre sí y aspectos que aún generan confusión, lo cual dificulta la comprensión de sus implicaciones prácticas y no contribuye a la consecución de su finalidad ni a la generación de seguridad jurídica.

El presente artículo surge como un intento por aclarar algunas de estas dudas sobre su interpretación y proponer algunas mejoras en su aplicación. El artículo cuenta con tres partes fundamentalmente. En la primera parte, realizamos un repaso conceptual necesario de los principios de no discriminación salarial, pago igual por trabajo y de igual salario por trabajo de igual valor.

Posteriormente, en la segunda parte, se exponen y analizan tres aspectos que se consideran fundamentales ya que podrían imponer serios retos interpretativos y de implementación de la Ley. Estos aspectos son: (i) la delimitación del ámbito de aplicación de la norma a la discriminación entre hombres y mujeres; (ii) la problemática que puede generar la aplicación de la norma de manera omnicomprensiva, incluyendo a la micro y pequeña empresa; y (iii) los conflictos y confrontaciones que pueden generarse a partir de la Ley para las organizaciones y una propuesta para mitigarlos.

Finalmente, el artículo provee algunas conclusiones que podrían contribuir a alcanzar una interpretación y aplicación de la norma que consideramos más adecuada, teniendo en cuenta su finalidad y la realidad en la que se desenvuelve.

II. UN NECESARIO REPASO CONCEPTUAL

Desde el punto de vista de la Ley, se pueden apreciar tres enfoques en relación con la desigualdad salarial entre hombres y mujeres: (i) discriminación salarial por razón

de sexo (directa e indirecta), (ii) pago igual por trabajo igual e (iii) igual remuneración por trabajo de igual valor. Dichos enfoques se desarrollan a continuación.

II.1. Discriminación salarial por razón de sexo

En aplicación del artículo 2.2 de la Constitución y del Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo, constituye una discriminación prohibida las diferencias salariales que tengan como razón de ser un motivo vedado por discriminatorio.

En la misma línea, el artículo 2 literal d) del Reglamento define discriminación como *"cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier otra índole, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"*.

Esta definición es positiva pues se aleja de la visión unitaria que parte de la jurisprudencia había adoptado, asumiendo la identidad entre el derecho a no ser discriminado y el derecho a la igualdad. Es decir, entender (erróneamente en nuestro concepto) que ambos derechos son sinónimos.

El acto discriminatorio salarial puede configurarse de dos maneras o tipos; la discriminación directa o indirecta, tal como lo señala el literal d) del Reglamento. El numeral 1 del artículo 5 del Reglamento precisa que *"todo empleador tiene la facultad de establecer sus políticas remunerativas, fijar los requisitos para la percepción de la remuneración o beneficios de cualquier otra índole y determinar sus montos, sin incurrir en discriminación directa o indirecta por motivo de sexo"*.

La discriminación indirecta, según el Reglamento, se *"(…) produce cuando la normativa o la práctica excluyen o dan preferencia a una persona o a un grupo de personas sobre la base de un motivo prohibido"*.

Para determinar si existe una discriminación salarial directa, deben verificarse tres elementos esenciales **(a)** un acto, **(b)** un motivo o razón y **(c)** un resultado. Es decir, un acto de diferenciación en los salarios efectuada por el empleador sobre la base de un motivo discriminatorio que coarta la igualdad de trato o la igualdad de oportunidades del individuo afectado.[2]

En tal sentido, estará prohibida la existencia de una diferencia salarial motivada por el sexo del individuo, independientemente de la naturaleza del trabajo que se realiza. Esto también aplica para diferencias salariales por razón de raza y religión, entre otras, así como aquellas discriminaciones atípicas, como lo podría ser la discriminación salarial de un hombre.

---

[2] Ver BALTA VARILLAS, José. "¿Qué es Discriminación en el Empleo?". En Revista Jurídica del Perú No. 1, Año XL. Enero-Marzo de 1995. Editorial Normas Legales. p. 91.

Hasta el momento nos hemos referido a discriminación salarial directa, sin embargo, la discriminación salarial también puede ser indirecta.[3] Ésta se produce cuando el empleador implementa medidas, políticas o prácticas aparentemente neutrales, pero que en la práctica tienen un efecto perjudicial sobre un grupo protegido en particular.

El Reglamento la define de esta manera: *"situación que se produce cuando las normas o prácticas establecen una medida aparentemente neutra, pero que en su aplicación afecta, de manera desproporcionada, a los miembros de un grupo o colectivo protegido, generando un impacto adverso"*.

Así, por ejemplo, la discriminación indirecta se produce cuando se establecen ciertos requisitos o condiciones físicas que, aparentemente, se imponen por igual a ambos sexos, pero que provocan una discriminación de hecho en las mujeres. Usualmente, la discriminación salarial indirecta se produce cuando el empleador da un valor adicional para determinar los salarios a características como la fuerza, la altura y el peso, cuando no son esenciales para el puesto de trabajo.

Especial atención merecen los periodos de incapacidad temporal para el trabajo vinculados con el embarazo, la licencia por maternidad o por paternidad sea esta legal o convencional, el permiso por lactancia materna o la asunción de las responsabilidades familiares, pues el numeral 2 del artículo 10 del Reglamento dispone que el empleador debe adoptar las medidas que sean necesarias para evitar que tengan un impacto adverso en la asignación de incrementos remunerativos y/o beneficios de cualquier otra índole. Por su parte, añade el numeral 3 del mismo artículo que no puede tener un impacto adverso la participación de los padres y madres con responsabilidades familiares en esquemas de trabajo flexible o en las medidas que el empleador tenga a disposición para la compatibilidad de la vida personal, familiar y laboral.

Por tanto, el empleador no solo deberá cuidar que las situaciones antes descritas puedan ocasionar una discriminación salarial directa, sino que también deberá velar por que no se produzcan discriminaciones indirectas (de aparente neutralidad u objetividad), pero que en realidad tengan un impacto adverso.

II.2. Pago igual por trabajo Igual o sustancialmente igual

La regla de pago igual por trabajo igual se encuentra expresamente recogida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En virtud de los convenios internacionales antes mencionados que el Perú ha ratificado, el pago igual por trabajo igual es plenamente exigible en nuestro país.

---

[3] Ver BALTA VARILLAS, José. "El Impacto Adverso". En: Themis No. 34,1996. p.117.

Esta regla es aplicable a todas las personas (no necesariamente se refiere a las diferencias por sexo, raza, religión, etc.). Sin embargo, por lo general existen normas específicas para los casos donde se producen más violaciones a este derecho, como es el caso de sexo. Prueba de ello es precisamente la publicación de la Ley, en cuyo artículo 1 queda plasmado este principio prohibiendo la discriminación remunerativa entre varones y mujeres en ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo.

La regla general consiste en la prohibición de pagarle a una persona de un sexo una remuneración menor que la que percibe una persona del otro sexo, cuando ambos realizan trabajos que requieren la misma habilidad, esfuerzo y responsabilidad y son ejecutados en el mismo establecimiento bajo similares condiciones, salvo que la diferencia se base en algún criterio objetivo (ej. la antigüedad, el mérito, la calidad o cantidad de la producción o cualquier factor objetivo distinto del sexo).

Este concepto es diferente al de discriminación y también lo es el análisis que debe realizarse para verificar su violación. Aquí tenemos una discrepancia conceptual con la norma que cataloga de discriminatorio la violación de este precepto. Esta regla es, más bien, la expresión del principio de igualdad de trato aplicada a la retribución. En palabras sencillas, la violación del principio de pago igual por trabajo igual constituye una afectación al principio de igualdad de trato más que a una discriminación en sentido estricto, pues no requiere de la verificación de un motivo prohibido para su configuración.

En este sentido, para determinar si existe una violación a la referida regla debe probarse lo siguiente:[4]

a. Que el trabajo que realiza una mujer es sustancialmente igual al que realiza un hombre (no es necesario que los puestos de trabajo sean idénticos).

b. Que al comparar el trabajo de la mujer con el de un hombre se presente una desigualdad salarial.

c. Que el trabajo sea realizado en el mismo establecimiento.

d. Que la remuneración de la demandante sea menor que la del miembro del sexo opuesto que realiza un trabajo igual (incluyendo todas las retribuciones que perciba un trabajador).

Recientemente, la Intendencia de Lima Metropolitana (ILM) ha recogido esta posición en la Resolución de Intendencia No. 26-2017-SUNAFIL/ILM, al señalar que para establecer si existe una violación al principio-derecho a la igualdad salarial por igual trabajo, debe probarse los puntos indicados líneas arriba.

---

[4] BALTA VARILLAS, José. Materiales Complementarios de Enseñanza del curso de igualdad y no Discriminación. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004.

A nivel judicial, se ha venido señalando con particular consistencia desde la publicación de la Casación No. 208-2005-PASCO, un precedente de observancia obligatoria, que debe observarse la procedencia del homólogo con el cual se realizan las comparaciones, a fin de determinar si en un caso se afecta el principio de igualdad de trato o no.

Lo que ocurre es que el trabajador que se considera sujeto de un trato desigual prohibido está obligado a proponer un término de comparación o homólogo (tertium comparationis) válido; es decir, un término de referencia a partir del cual se determine si el tratamiento jurídico dado no resulta objetivo ni razonable. De modo que, dicho tertium comparationis debe ser suficiente y adecuado para, a partir del mismo constatar que, ante situaciones fácticas iguales, uno de los sujetos de la relación ha sufrido un trato diferente (sin mediar razones objetivas y razonables que lo legitimen).

Así lo señala el Tribunal Constitucional en el EXP. N° 05238-2011-PA/TC:

> "Adicionalmente a ello cabe recordar que la determinación de la existencia de una injerencia injustificada al mandato de no discriminación resulta compleja con relación al análisis que se efectúa frente a la lesión de otros derechos fundamentales, sin embargo, dicha identificación se encuentra sujeta a un análisis de comparación, lo cual comporta un análisis del trato que se cuestiona con un objeto, sujeto, situación o relación distintos, siendo finalidad de dicho análisis identificar la existencia de supuestos iguales sometidos a consecuencias jurídicas distintas, o si se ha dado un trato semejante en situaciones desiguales. En el juicio de igualdad, ese objeto, sujeto, situación o relación con el cual se realiza el contraste, se denomina término de comparación (tertium comparationis)."

En la actualidad, la jurisprudencia y la SUNAFIL reconocen y aplican la regla de pago igual por trabajo igual de manera consistencia en nuestro país.

II.3. Igual remuneración por trabajo de igual valor

La igualdad salarial por trabajo de igual valor o Teoría del Valor Comparable se encuentra recogida en el Convenio No. 100 de la OIT, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación, así como por la Ley No. 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres.[5] Y, más recientemente, la Ley ha recogido este

[5] **Artículo 6.- De los lineamientos del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y gobiernos Locales**

criterio al señalar que está se encuentra *"(…) en concordancia con el mandato constitucional de igualdad de oportunidades sin discriminación en las relaciones laborales, así como del lineamiento de idéntico ingreso por trabajo de igual valor (…).*

La Teoría del Valor Comparable exige igual remuneración respecto de trabajos distintos, pero de igual valor. Esta teoría surge como apoyo a la tesis de que las mujeres tienden a laborar en trabajos distintos que los hombres y que, por ende, resulta necesario brindarles protección respecto de aquellas desigualdades de orden salarial que se producen en trabajos que no son iguales, comparación que no era posible bajo la regla anteriormente explicada de pago igual por trabajo igual.

La posibilidad de comparar trabajos distintos es la clave para desincentivar la desigualdad salarial pues combate directamente la discriminación salarial sistemática que viene acompañada de segregación ocupacional. De esta forma, el principal objetivo de la Teoría del Valor Comparable es romper el nexo existente entre los salarios bajos y los trabajos que mayoritariamente realizan las mujeres.

En este contexto, conviene preguntarnos, ¿cómo determinamos el valor de los trabajos?

En el Convenio No. 100 de la OIT y su Recomendación No. 90 se enumeran una serie de medidas para promover y garantizar la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre mujeres y hombres por trabajo de igual valor. Así, se prevé que las tasas de remuneración deben fijarse sin consideraciones relativas al sexo del trabajador, exigiendo que la mano de obra de los trabajadores y las trabajadoras obtengan igual remuneración por trabajo de igual valor.

A nivel de la legislación interna, la Ley No. 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres, consagra en su artículo 6 literal f) la regla de pago igual por un trabajo de igual valor. Sin embargo, no desarrolla mínimamente qué se debe entender por un trabajo de igual valor.

El Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y gobiernos locales, en todos los sectores, adoptan políticas, planes y programas, integrando los principios de la presente Ley de manera transversal. Para tal efecto, son lineamientos:

(…)

f) Garantizar el derecho a un trabajo productivo, ejercido en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, incorporando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, entre mujeres y hombres, en el acceso al empleo, en la formación, promoción y condiciones de trabajo, y en una idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Se incluye entre los derechos laborales la protección frente al hostigamiento sexual y la armonización de las responsabilidades familiares y laborales.

(…)

Si bien los instrumentos existentes hasta la publicación de la Ley y su Reglamento (Convenio No. 100 y Recomendación No. 90 de la OIT y Ley No. 28983 del Perú) no proveían información suficiente para definir el marco y elementos de la Teoría de Valor Comparable, podemos decir, en términos generales, que dicha teoría supone comparar trabajos distintos entre sí para determinar su valor relativo, a través de un mecanismo objetivo, que permita evidenciar la discriminación y la desigualdad salarial entre hombres y mujeres en una determinada organización o empresa.

Como regla general, este mecanismo objetivo son las evaluaciones de empleos, la cuales permiten determinar el valor relativo de los trabajos desempeñados por hombres y por mujeres para poder compararlos (basado en las características del trabajo, tales como habilidad, esfuerzo, responsabilidad, etc.).

Las evaluaciones de empleos son una práctica usual de gestión del trabajo en otras partes del mundo. Los procedimientos específicos de valoración de puestos de trabajo son muy numerosos. Los más comunes son la jerarquización, el método de los puntos, entre otros.

El método que es cada vez más usado para estos efectos es el sistema de los "puntos". Bajo este método, a cada criterio utilizado se le atribuye el grado en el cual el factor es exigido por el trabajo en cuestión; a cada grado se le atribuye un valor en puntos, expresando la importancia concedida a los diferentes elementos de empleo. Se suman a continuación los puntos obtenidos para fijar el valor total del puesto de trabajo.

Existe un amplio consenso de que el sistema de los puntos es el más adecuado, pues conduce a resultados más precisos que los otros métodos y es de mucha utilidad para eliminar la discriminación salarial de la mujer. Este aspecto ha sido resaltado por la Guía, la cual privilegia el método de los puntos por ser considerado por la OIT como el más objetivo.

Sin embargo, el literal 2 del artículo 3 del Reglamento es claro en señalar que la evaluación objetiva de los empleos puede llevarse a cabo por medio de cualquier metodología elegida por el empleador, siempre que implique discriminación directa o indirecta por motivo de sexo. En la misma línea la Guía señala que *"(…) las organizaciones pueden utilizar la metodología que se adapte a sus necesidades, siempre que ésta posea una evaluación objetiva de los puestos de trabajo y esté sujeta a criterios de categorización que no se basen en el género los trabajadores".*

En suma, el valor del trabajo se determinará por un criterio objetivo de evaluación que, por lo general, implica la implementación de una evaluación de empleos para valorizarlos. Si bien los trabajos no tienen un valor intrínseco, sí cuentan con un valor relativo. Es decir, un valor comparable con otros puestos de trabajo. Ello permite realizar un ajuste en los salarios, a fin de corregir cualquier desigualdad salarial. Precisamente, este valor relativo puede ser obtenido, a través de una evaluación de empleos.

En Perú los tres enfoques analizados en esta sección operan de manera simultánea. Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico coexisten estas tres reglas que deben aplicarse como herramientas complementarias para erradicar la discriminación y desigualdad salarial. Este criterio que hemos esbozado ya en varias oportunidades se cristaliza y se hace aún más patente con la expedición de la Ley. Desde un punto de vista teórico, las tres reglas tienen una base conceptual totalmente distinta, y cada una requiere, como hemos podido apreciar, una aproximación analítica distinta.

En particular, vale la pena resaltar las principales diferencias entre la teoría de pago igual por trabajo igual y la Teoría del Valor Comparable, ya que es entre estas donde se presentan las mayores confusiones. De esta forma, mientras la primera se dirige a eliminar la desigualdad salarial en trabajos iguales o sustancialmente iguales, la segunda tiene por finalidad erradicar aquella desigualdad salarial en trabajos distintos. Otra diferencia que puede percibirse es que la fórmula de la última no es aplicable a todas las personas, solo se refiere al factor sexo (el Convenio No. 100 deja expresa constancia del sexo que requiere protección: las mujeres).

III. TRES PROPUESTAS PARA UNA ADECUADA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

La implementación de las normas en materia de igualdad salarial entre hombres y mujeres planteará nuevos retos, dudas y dificultades para los empleadores, trabajadores, empresas, sindicatos y operadores jurídicos en nuestro país. En este contexto, esta sección propone tres puntos que sometemos a consideración para una mejor delimitación de la Ley, promover una aplicación que no afecte desproporcionadamente la economía de los pequeños empleadores peruanos, así como mitigar la potencial conflictividad de la Ley.

III. 1. Delimitando los sujetos protegidos por el pago igual por trabajo de igual valor: las mujeres

La publicación de la Ley y el Reglamento han suscitado ciertas opiniones en el sentido de que éstas podrían beneficiar o interpretarse de tal manera que se apliquen a todos los trabajadores, sin excepción. A ello, debe sumarse que la obligación de transparentar o implementar los sistemas de cuadros de categorías y funciones abre la potencial discusión en torno a qué hacer respecto de aquellas diferencias salariales que se verifiquen en trabajos distintos, pero de igual valor que no son desempeñados por mujeres.

En este contexto, conviene preguntarse, ¿cuál es la relevancia de que dos puestos de igual valor desempeñados por dos hombres sean retribuidos de manera diferenciada? ¿Qué ocurre cuando es el hombre en vez de la mujer quién recibe una remuneración

menor? ¿Puede extenderse este criterio a otros motivos discriminatorio más allá del sexo? ¿Estas diferencias salariales se deben corregir por mandato de la Ley?

Lo anterior abre un debate legítimo sobre los límites de la aplicación del principio de pago igual por trabajo de igual valor a la luz de nuestra normativa.

Habiendo señalado lo anterior, debemos recordar que la norma constituye una política pública definida para conseguir unos fines en específico. Tal y como lo define COCHAN, las políticas públicas consisten en cursos de acción intencionales diseñados para responder a un determinado problema que se ha identificado[6]. O en palabras de CONSIDINE, una política pública es una acción que es empleada por el gobierno para comprometer recursos en apoyo a un valor preferido[7]. Como lo señala COCHAN, un proceso de elaboración de una política pública incluye varios aspectos claves, tales como: la definición del problema a abordar, los objetivos que la política busca lograr, y los instrumentos de política que se emplean para abordar el problema y alcanzar los objetivos de la política[8].

Eso implica un análisis previo en el que el gobierno determina la necesidad y los instrumentos para el logro de los objetivos definidos. En este sentido, en el contexto de la norma y su reglamento, resulta fundamental analizar su ámbito de aplicación, su espíritu y el objetivo que motivó su aprobación. Es decir, en sencillo, cuál era su objetivo real.

En este sentido, el espíritu de la Ley y su Reglamento es reducir la brecha salarial entre hombres y mujeres, lo cual no se condice con la aparente neutralidad en el contenido del articulado de la normativa en el sentido de que no deja expresa constancia del sexo de los sujetos realmente necesitados de protección frente a la desigualdad salarial (se refiere al factor sexo).

La definición contenida en su Reglamento, señala en sus definiciones que discriminación salarial significa: *"la situación que se produce cuando se establecen diferencias salariales o remunerativas basadas en el sexo de la persona y sin criterios objetivos. La discriminación remunerativa puede ser directa o indirecta"*.

Además, el artículo 3.2 del Reglamento precisa que *"La evaluación objetiva de los empleos puede llevarse a cabo por medio de cualquier metodología elegida por el empleador, la cual no debe implicar discriminación directa o indirecta por motivo de sexo"*.

Adicionalmente, el artículo 5.2 del Reglamento explica que en caso se alegue discriminación directa o indirecta en las remuneraciones por motivo de sexo, el empleador

[6] COCHRAN, Charles L. and MALONE, Eloise F (2014). "Public Policy: Perspectives and Choices". Fifth Edition, p 3. Traducción libre.
[7] CONSIDINE, Mark. (1994). Public policy: A critical approach. p 3. Traducción libre.
[8] COCHRAN, Charles L. and MALONE, Eloise F (2014). "Public Policy: Perspectives and Choices". Fifth Edition, p 3. Traducción libre.

debe acreditar que los puestos de trabajo implicados no son iguales y/o no tienen el mismo valor.

Esta aproximación no se armoniza del todo con la fórmula empleada por el Convenio No. 100 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual deja constancia expresa de los sujetos realmente necesitados de tutela frente a la discriminación salarial: las mujeres. Su propia denominación así lo indica: "Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor".

De lo contrario, consideramos que los dos propósitos fundamentales de la norma, que son reducir la brecha salarial por razón de sexo y prevenir la discriminación en las remuneraciones de las mujeres, se desnaturalizarían. Y, es que la norma como política pública requiere ser enfocada de manera adecuada, centrándose en la discriminación que se desea combatir.

Así también lo sugiere GUNDERSON cuando señala que *"el criterio de comparación de los empleos es el relacionado con el motivo de discriminación que se desea combatir. Por ejemplo, si se trata de corregir la discriminación por razones de sexo, se tendrá que comparar las remuneraciones de los empleos en que predominan las mujeres con las de los empleos en que predominan los hombres. Si se trata de luchar contra la discriminación por origen étnico, se deberán comparar los empleos desempeñados por personas de origen étnico o extranjero con los ocupados por personas que no tienen esas características".*[9]

Como bien lo señala CHICHA, cualquier confusión entre los objetivos que las diferentes políticas persiguen no solo desdibuja los enfoques metodológicos, sino que también hace que sea imposible evaluar correctamente los resultados[10].

Debe reconocerse que nuestra tesis podría discutirse a la luz del artículo 7a(i) del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que garantiza a todos los trabajadores *"Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo".* En nuestra opinión, al momento de plantearse la redacción del texto de ese artículo se asumió la identidad entre las reglas de "*salario equitativo e igual por trabajo de igual valor" y "salario igual por trabajo".* Eso explicaría su extraña estructura.

[9] CHICHA, Marie-Thérèse. "Promoción de la igualdad por medio de la evaluación no sexista de los empleos: guía detallada". Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2008, p. 17.
[10] CHICHA, Marie-Thérèse (2006). "A comparative analysis of promoting pay equity: models and impacts". Working Paper, School of Industrial Relations University of Montréal, p. 8.

Si bien adoptar una fórmula neutra podría haber tenido un aspecto positivo en la medida que no es del todo imposible que un hombre sufra de una desigualdad salarial, lo cierto es que la aplicación de la Teoría del Valor Comparable no es, ni debe ser neutra. En efecto, debe aplicarse sólo para aquellos casos en dónde se verifique una desigualdad salarial sistemática que venga acompañada segregación ocupacional, lo cual no ocurre como regla general en el caso del género masculino en el Perú. En lo que respecta a comparaciones salariales entre personas del mismo sexo (por ejemplo, dos hombres), ocurre exactamente lo mismo, pero con mayor soporte de la Ley y el Reglamento, pues no existe en ese caso una diferencia por razón de sexo que deba tutelarse.

Inclusive, en legislaciones más avanzadas que la nuestra como la canadiense se ponen aún mayor énfasis en este aspecto, cuyo espectro no solo alcanza al ámbito de aplicación de la norma sino a los trabajos u ocupaciones que se comparan. Así, que exige que la comparación entre empleos deba realizarse en aquellos casos donde se verifique la existencia de un dominio de género. Por el contrario, aquellos empleos dónde ello no ocurra, se encontrarán fuera del ámbito de aplicación de la normativa específica sobre la materia:

> "El concepto de valor comparable implica que se requiera igual remuneración entre trabajos dominados por hombres y aquellos dominados por mujeres que son de igual valor y, donde ese valor es determinado por mecanismos objetivos (como evaluaciones de empleo) que importa comparaciones de destreza, esfuerzo, responsabilidad y condiciones en las que se desempeña el trabajo".[11]

Ello es así, porque la esencia de este principio es eliminar la discriminación salarial sistemática que viene acompañada de segregación ocupacional. Entonces, los trabajos "feminizados", tradicionalmente subvalorados, deben ser comparados con aquellos trabajos "masculinizados", a fin de determinar si existe discriminación salarial o no.

Ello supone previamente identificar cuáles son éstos trabajos "feminizados" o "masculinizados" en el centro de trabajo. La autora Marie-Thérèse Chicha, en su importante obra "Promoción de la igualdad por medio de la evaluación no sexista de los empleos: guía detallada", señala que:

> *"El predominio de cada sexo en los empleos es un dato crucial, pues se sabe que los prejuicios y los estereotipos relativos al trabajo de las mujeres son dos de las principales causas de su infravaloración y su mala remuneración. Por tanto, es preciso determinar desde el primer momento los empleos de la empresa en que predominan las mujeres, dado que pueden ser objeto de*

[11] GUNDERSON, Morley. "Comparable Worth and Gender Discrimination: An international Perspective" International Labour Office, 1994. p. 2 (traducción libre).

> *discriminación salarial, y los empleos en que predominan los hombres, a fin de compararlos y evaluar las diferencias de remuneración".*[12]

Este tipo de medida es bastante popular en Canadá, dónde mayormente se ha adoptado la necesidad de un dominio de género en los empleos para que proceda la aplicación de las normas en materia igualdad salarial. Esto tiene su fundamento en los modelos "pro-activos" que no buscan eliminar la desigualdad salarial individualmente considerada sino, más bien, aquella sistemática que viene acompañada de segregación ocupacional.

El concepto moderno del pago igual por trabajo de igual valor, reflejado principalmente en la legislación canadiense, no está destinada a resolver la desigualad salarial individualmente considerada. La idea es concentrarse en la discriminación salarial más seria y relevante, aquella sistemática que viene acompañada de segregación ocupacional. Los grupos ocupacionales que son suficientemente mixtos o neutros no son sujetos de una discriminación sistemática que venga acompañada por segregación ocupacional y, por tanto, no son sujetos a una discriminación que deba ser erradicada por la Teoría del Valor Comparable.

El criterio de dominio de género no ha sido recogido expresamente por nuestra actual legislación, lo cual hubiese sido beneficio de cara erradicar aquellas situaciones más graves de discriminación salarial. Sin embargo, sorpresivamente, sí ha sido recogido en la Guía, la cual propone tres criterios que se deberá aplicar de manera conjunta para verificar el dominio de género (i) porcentaje de hombres y mujeres en el puesto; (ii) evolución histórica (análisis histórico del porcentaje femenino o masculino en un determinado empleo); y (iii) estereotipos vinculados al puesto.

La autora Marie-Thérèse Chicha, en su importante obra "Promoción de la igualdad por medio de la evaluación no sexista de los empleos: guía detallada", señala que:

> *"El predominio de cada sexo en los empleos es un dato crucial, pues se sabe que los prejuicios y los estereotipos relativos al trabajo de las mujeres son dos de las principales causas de su infravaloración y su mala remuneración. Por tanto, es preciso determinar desde el primer momento los empleos de la empresa en que predominan las mujeres, dado que pueden ser objeto de discriminación salarial, y los empleos en que predominan los hombres, a fin de compararlos y evaluar las diferencias de remuneración".*[13]

---

[12] CHICHA, Marie-Thérèse. "Promoción de la igualdad por medio de la evaluación no sexista de los empleos: guía detallada". Op. cit., p. 19.

[13] Ibid. p. 19.

Usualmente son las estadísticas las que determinan qué debemos considerar como un trabajo "feminizado" o "masculinizado". Por ejemplo, si un empleo se encuentra con un dominio femenino porcentual del 60%, se trata claramente de un puesto de trabajo "feminizado". La Guía parece decantarse, sin embargo, por un umbral menor que aparenta ser del 50 por ciento más uno (mayoría). El problema que presenta este umbral relativamente bajo es que no elimina estadísticamente el efecto del azar.

Si aplicados conjuntamente los tres criterios determina que un puesto de trabajo no encuentra un dominio de género, entonces, será considerado una clase o grupo ocupacional neutral y, por consiguiente, se encontrará fuera del ámbito de aplicación del principio de pago igual por trabajo de igual valor. Esto significa que no debería beneficiarse de los ajustes remunerativos producto de la aplicación de la Ley y su Reglamento. Ello es así, porque que los ajustes remunerativos solo se aplican a aquellos puestos de trabajo en donde impera un dominio de género femenino, lo cual reafirma la idea inicial de que la Ley debe aplicarse solo a las mujeres.

Debe advertirse, también que el dominio de género no es un requisito del Convenio No. 100 de la OIT, de la Ley, del Reglamento, ni constituye un aspecto pacífico. Su incorporación en la Guía ha sido una verdadera novedad con lo que hasta ahora proponía la Ley y su Reglamento.

Ahora bien, aquí debe realizarse una pregunta final, ¿puede el pago igual por trabajo de igual valor ser extendido a otros motivos discriminatorios? La respuesta es positiva al menos en teoría.

Al respecto, GUNDERSON señala que *"mientras que la dominación por género es el criterio convencional, conceptualmente, no existe ningún impedimento en el procedimiento que impida su aplicación a otra forma de discriminación como por ejemplo la discriminación sobre la base de la raza o edad."*[14] En Canadá, por ejemplo, las leyes sobre igualdad salarial aplican a personas con discapacidad y aborígenes.

En la misma línea de pensamiento AARON & LOUGY*, señala que "En principio, métodos similares –como el valor comparable- pueden usarse para ajustar los salarios entre distintos grupos definidos por características distintas al sexo, siempre que la diferencia salarial sea atribuible a una discriminación".*[15] De hecho, el sistema de valoración de empleos es lo suficientemente flexible como para ser empleado para ajustar desigualdades salariales que se sustenten en otros motivos discriminatorios.

---

[14] GUNDERSON, Morley. "Comparable Worth and Gender Discrimination". Op.cit., p. 24. (Traducción libre).

[15] AARON, Henry J. y LOUGY, Cameran M. "The Comparable Worth Controversy", the Booking Institution, Washington DC, 1986. p. 2.

En efecto, si bien compartimos la posición de que conceptualmente la Teoría del Valor Comparable puede ser de aplicación para cualquier otro motivo discriminatorio, esta extensión no puede ser automática ni tampoco se verifica en una interpretación de la Ley y su Reglamento.

La Teoría de Valor Comparable sólo debe ser aplicada para aquellos casos en los que exista discriminación salarial sistemática que venga acompañada de segregación ocupacional. Por tanto, la extensión de esta teoría a otros motivos prohibidos no puede ser automática sino el resultado de un estudio concluyente que determine que existen estas características en el empleo para ese determinado motivo discriminatorio, considerando las particularidades de cada país. La extensión de la Teoría del Valor Comparable a otros motivos prohibidos debe ser analizada con cuidado, a fin de determinar si su aplicación es adecuada a esos casos en concreto.

En resumen, por lo que hemos podido apreciar, existe cierta incertidumbre sobre el ámbito de aplicación del principio pago igual por trabajo de igual valor a la luz de la nueva normativa, lo cual no contribuye a afianzar su finalidad protectora ni a cerrar la brecha salarial. Por ello, consideramos que el debate sobre los límites de este principio en nuestro país está lejos de haberse zanjado, lo cual creará problemas al resolver casos concretos, en donde tener los conceptos claros es imprescindible para obtener decisiones previsibles.

III. 2. EL PROBLEMA DE UNA LEY OMNICOMPRENSIVA: LA APLICACIÓN DEL PAGO IGUAL POR TRABAJO DE IGUAL VALOR EN LA PEQUEÑA Y MICRO EMPRESA

En principio, una potencial legislación en la materia no debería excluir a ningún empleador fuera de su ámbito de aplicación, pues todos los empleadores deben cumplir con extirpar la discriminación en cualquiera de sus formas del centro de trabajo. Esto responde, además, a la idea cada vez más aceptada de que la aplicación de la Teoría del Valor Comparable forma parte integrante del principio de no discriminación y, por ende, es una cuestión de derechos humanos que no puede dejar de aplicarse bajo ninguna circunstancia.

Sin perjuicio de lo anterior, al evaluar las características propias de cada país y las consecuencias prácticas de la aplicación de esta teoría, se observa de manera general que hay una tendencia a excluir a los pequeños empleadores de la aplicación de la norma o a desarrollar procesos, instrumentos o instancias particulares para que estos la implementen. Una de las principales consideraciones en este sentido son los costos que implica la implementación de este tipo de medidas para las micro y pequeñas empresas, así como los requerimientos en materia de capacidad y recursos que ello conlleva.

Un ejemplo de ello es la legislación de Ontario y Quebec, que excluyen de su ámbito de aplicación a los empleadores que cuenten con menos de 10 empleados. Para

el caso de Quebec, además, hay diferenciación en la implementación de la norma para empresas que tienen entre 10 y 49 empleados. Esto se debe, a la consideración práctica de que se hace muy complicado comparar tan pocos empleos en centros de trabajo tan pequeños, a la misma intercambiabilidad de las actividades que realizan cada uno ellos o su falta de definición.

De otro lado, los principales costos que se han identificado para la implementación de los Planes de Igualdad Salarial en Ontario fluctúa entre US$ 9,000.00 por empleador que cuenta con entre 10 y 49 trabajadores y US$ 121,248.00 para aquellos empleadores con 500 o más trabajadores, un aproximado de entre US$ 88.00 y US$ 139.00 por cada trabajador. Estos costos incluyen los honorarios de consultores independientes y especialistas en recursos humanos, lo cual incrementa como es obvio los costos. Para las pequeñas y medianas empresas de acuerdo con los estimados obtenidos en Quebec en el año 2001, los costos administrativos fluctúan entre los US$2,635.00 y US$12,695.00.[16]

Si bien las exigencias de la norma canadiense no son las mismas que las de la legislación nacional sobre la materia, sí existe una identificación general de costos asociados a la implementación de este tipo de medidas que son de aplicabilidad a cualquier contexto, incluyendo el caso del Perú. Como lo desarrolla CHICHA, tales costos pueden dividirse en costos del proceso y costos de los resultados. Entre los costos asociados a los procesos se encuentran costos administrativos como la revisión de los sistemas de gestión del recurso humano, seguimiento y mantenimiento de las medidas, producción de reportes, capacitación y comunicación. Por su parte, los principales costos asociados al logro de los resultados son aquellos relacionados con los ajustes salariales y las dificultades que se puedan enfrentar debido por la implementación de estas medidas.

Si bien habría que hacer un estudio detallado para determinar cuál sería el impacto para el caso del Perú, esta información es útil como referencia para comenzar a entender las dificultades económicas que puede implicar su aplicación a la pequeña y microempresa. Más aún, es de gran relevancia considerar estos aspectos ya que la generación de mayores costos para las micro y pequeñas empresas puede convertirse en una barrera para sus decisiones de formalización, lo cual es de gran relevancia teniendo en cuenta que la informalidad es un tema crucial en el Perú, según el INEI en 2017 la informalidad en el país llegó a 73,3%.

USAID en su documento “Removing Barriers to Formalization”, identifica tres barreras a la formalización, entre las que se encuentran las regulatorias, las administrativas y las asociadas con tasas y requisitos financieros. En particular, en este documento se señala que las áreas específicas donde estas tres barreras convergen para generar las mayores restricciones a la formalización son las ligadas a impuestos, la existencia registro o licencias de negocios y la emisión de leyes laborales. Asimismo, este documento indica que según la evidencia se observa que la regulación onerosa que

[16] CHICHA, Marie-Thérèse. “A Comparative analysis of promoting Pay Equity: models and impacts, Working Paper”. OIT, 2006, p. 31.

afecta a las empresas, es un determinante significativo de la informalidad. Adicionalmente, este estudio señala que se ha encontrado que los costos y barreras que impone la regulación en países en desarrollo es muy elevando en contraste con países desarrollados.[17]

De esta forma, es relevante considerar estos aspectos a fin de que medidas como las que impone la Ley no terminen teniendo efectos adversos como el incremento de la informalidad o la generación de incentivos perversos para que las empresas decidan formalizarse.

Por otra parte, están las limitaciones para la implementación de Ley dirigida a eliminar la discriminación sistemática en los salarios de la mujer, pues muchas de estas trabajan en el sector informal de la economía, sobre el cual no se puede tener un control para la implementación de este tipo de medidas, ya que se encuentran por fuera del ámbito de aplicación de los marcos legales rigen la actividad económica.

Si bien existen estudios recientes como el de Kervin denominado “Pay Equity in Small Establishments o el de Boiven llamado “Implementing Pay Equity in Small-to-Medium-Sized Businesses y la Guía para alcanzar la igualdad salarial en empresas con entre 10 y 49 empelados elaborada por la Comisión de Igual Salarial de Québec, que permiten augurar una posible aplicación de esta teoría a los pequeños empleadores en el futuro, lo cierto es que ni las legislaciones más avanzadas sobre la materia tienen una aplicación tan amplia que alcance a todos los empleadores, sin excepción alguna.[18]

Si bien existen estudios extranjeros sobre la aplicación de la Teoría del Valor Comparable en pequeñas o medianas empresas, lo cierto es que la recomendación general debido a las dificultades y costo que implica su implementación, es que la normatividad no las incluya. Por ello, debe enfocarse su cumplimiento desde otra óptica, dirigida más bien a cumplir legislación primaria como lo es, por ejemplo, la no discriminación por razón de sexo y el pago igual por trabajo igual, o a la generación de procesos de transición que les permitan a estas empresas adaptarse y fortalecerse para la implementación de medidas más rigurosas, como la de igual remuneración por trabajo de igual valor.

Todas estas consideraciones merecen una reflexión cuidadosa y muestran la problemática de imponer una Ley omnicomprensiva, es decir, que aplique a todos los empleadores con prescindencia de su tamaño. Tal vez en el futuro cercano se desarrollen formas imaginativas pero seguras para examinar las prácticas salariales en una escala más pequeña, las cuales faciliten la implementación de este principio en las pequeñas y micro empresas.

---

[17] USAID. Removing Barrier for Fromalization, 2005, pgs. 11-17.

[18] Pay Equity Task Force Final Report, http://publications.gc.ca/collections/Collection/J2-191-2003E.pdf pp. 175 – 184.

III. 3. Hacia un modelo conflictivo y confrontacional

El derecho del trabajo encausa desde la perspectiva del derecho el inevitable conflicto entre los intereses de los trabajadores y el de los empleadores. Así lo entiende PASCO cuando señala que *"es verdad axiomática, pero requiere ser tenida siempre en cuenta (…). Las relaciones de trabajo son por eso intrínsecamente conflictuales."* Añade el mismo autor que *(…) en toda relación jurídico-económica se contraponen intereses y se suscita conflicto (…). Pero en la relación laboral ese conflicto es más agudo, más permanente y trascendente.*[19]

Este postulado es desarrollado por NEVES de la siguiente manera *"como la relación laboral es, de un lado, conflictiva, porque los intereses de los trabajadores –como los individuos y como categoría- son diferentes y a veces opuestos a los de los empresarios –como individuos y como categoría-, siendo ambos legítimos, se requiere regulación para que el conflicto discurra entre los márgenes del sistema. Pero como, de otro lado, es estructuralmente desigual, porque los trabajadores no tienen poder económico y los empresarios sí, se requiere que esa regulación sea equilibrada para balancear con la ventaja jurídica la desventaja material y, de ese modo, contribuir a la materialización de la justicia y la paz."*[20]

Sin embargo, ni la Ley ni su Reglamento parecen mostrar una verdadera preocupación por la potencial conflictividad que puede suscitar su aplicación, más allá de las campañas de orientación y sensibilización. La implementación de nuevos sistemas de gestión como la valorización de los puestos de trabajo y de los cuadros de categorías y funciones abren potenciales discusiones en torno a puestos de trabajo que no hayan sido adecuadamente valorados en el pasado. No por mala intención sino simplemente por la de un sistema formal de valorización.

En este sentido, surgen múltiples preguntas, ¿qué hacer respecto de aquellas desigualdades salariales que se arrastren por el pasado cuando no existía la obligación de valorizar los puestos de trabajo? ¿Deben estas desigualdades pasadas corregirse aun cuando el empleador no era consciente que existían? ¿Qué pasará con aquellas empresas que no puedan enfrontarlas económicamente?

En la legislación comparada, en especial la canadiense ya existe una respuesta a esta problemática: el modelo pro-activo. En este modelo la carga de desterrar la discriminación salarial recae en el empleador, evitándose, de este modo, un sistema confrontacional que perjudica a trabajadores y empleadores por igual.

---

[19] PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "La autonomía colectiva: concepto y premisas". Ius et Veritas, p. 66 (2005).

[20] NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000, p. 12.

> "Una aproximación pro-activa no asume la culpabilidad de aquellos encargados de establecer los salarios. Reconoce la naturaleza sistémica del problema y exige que las organizaciones examinen su sistema de determinación de salarios y, si se encuentran inequidades, éstas sean corregidas".[21]

El modelo pro-activo", surge precisamente como respuesta a las deficiencias de los tribunales para garantizar la igualdad salarial. Básicamente, consiste en imponer una obligación positiva y progresiva al empleador para que cumpla con el principio en un determinado plazo, aunque no existan reclamos o evidencia de discriminación en el centro de trabajo. Para ello, el empleador debe implementar ciertas medidas siguiendo el procedimiento establecidos para garantizar la igualdad en el centro de trabajo.

Como señala WEINER, el modelo consiste *"(…) en un análisis colectivo y sistemático de los puestos, que permita a las empresas identificar los casos de discriminación antes que se produzca la queja. Es el método utilizado en Manitoba y Ontario, en virtud del cual el legislador dispuso que los empleadores debían proceder, dentro de un plazo de unos años (…), a una evaluación general de los empleos a fin de corregir sistemáticamente todas las clasificaciones que pudieran ser discriminatorias"*[22]

El enfoque proactivo también apunta a reducir los largos retrasos y los altos costos que se han asociado con las demandas y reclamos de homologación salarial, incluido el costo sustancial asociado con la retroactividad de ajustes salariales y reintegros con los intereses correspondientes.

En este contexto, una de las principales virtudes de la legislación canadiense es exigir el ajuste remunerativo paulatino con montos máximos anuales, de modo que no se trastoque el equilibrio financiero de la organización o empresa. El máximo monto de ajuste salarial en aplicación de las legislaciones varía, pero se sitúa por lo general en un 1% del total de la planilla. Sin embargo, se fija un período máximo en el que la igual salarial debe haberse obtenido, usualmente, entre 4 y 5 años. Es decir, si bien existe rigurosidad en la legislación, se prioriza su aplicación progresiva en el tiempo, exigiendo ajustes remunerativos paulatinos.

El uso de esta metodología arroja resultados positivos en cuanto a garantizar el cumplimiento de este derecho fundamental y la reducción de costos y conflictos.

En nuestro país, la Guía propone la idea de implementar medidas para eliminar la brecha salarial, como un plan de igualdad, pero esta sugerencia no se condice con un sistema conflictivo y confrontacional. Si lo que se buscaba era establecer un modelo pro-

---

[21] WEINER, Nan, "Effective Redress of Pay Inequities" Canadian Public Policy – Analyse de Politiques, Vol. 28, May 2002, Supplement 1, pp. S101-S115. (Traducción libre) En Pay Equity Task Force Final Report. Op. cit., pp. 175 – 184.

[22] Loc. cit.

activo, entonces lo que se debe hacer cumplir es precisamente el plan, pudiendo los empleadores exceptuarse de responsabilidad por desiguales salariales por igual valor (demandas, multas, daños, etc.) en caso haya acreditado la implementado del plan con los correspondientes ajustes remunerativos paulatinos.

En resumen, podemos, decir que el modelo “pro-activo” tiene innegables ventajas frente al sistema basado en el reclamo del trabajador, resultando en la mejor y mayor aplicación del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor en términos generales. Esperemos que nuestra legislación transite progresivamente en esa dirección.

IV. CONCLUSIONES

El pago igual por trabajo de igual valor se encuentra en un proceso de transición de la mera teoría hacia la aplicación práctica y real en las organizaciones, lo cual constituye, por un lado, un avance fundamental en la consecución de la igualdad salarial para la mano de obra femenina y, por el otro, un reto para el Estado, los empleadores, trabajadores, sindicatos y operadores jurídicos.

Sin embargo, el debate en torno a qué significa exactamente este principio en la práctica, aún no se encuentra claramente delimitado a la luz de nuestra normativa, como ha sido expuesto en el presente artículo, lo cual puede generar problemas al momento de resolver casos concretos. Del mismo modo, las imprecisiones de la normativa generan preocupación de cara a alcanzar los objetivos de reducir la brecha salarial y lograr la igualdad efectiva en las remuneraciones de las mujeres.

Resulta particularmente problemático el modelo omnicomprensivo elegido por nuestra normativa, la cual incluye a la pequeña y micro empresa a la par que la mediana y gran empresa. Esto podría ocasionar serios inconvenientes financieros y desincentivar la formalidad. Finalmente, se ha elegido un sistema confrontacional, el cual ahonda innecesariamente en el conflicto entre empleadores y trabajadores. Esperemos que este artículo aporte a la cristalización del principio y su modulación, otorgando mayores luces sobre su interpretación y aplicación en el futuro.

EXCEPCIONES A LA IGUALDAD SALARIAL ¿JUSTIFICACIÓN DE LAS DIFERENCIAS O SITUACIONES EXCEPCIONALES?

CLAUDIA CERMEÑO DURAND[1]

I. INTRODUCCIÓN

A finales del 2017 se publicó la Ley No. 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres (la Ley) que, en marzo del 2018, fue reglamentada por el Decreto Supremo No. 002-2018-TR (el Reglamento). Así, por primera vez, se introducen a nivel infra constitucional diversas obligaciones en materia de igualdad salarial, transversales a toda la organización y que, ciertamente, exceden los alcances del título de la Ley No. 30709[2].

Una de tales obligaciones, es la de contar con cuadros de categoría y funciones, de modo que, los trabadores que pertenezcan a una misma categoría perciban las mismas remuneraciones. Sin embargo, no se trataría de una igualdad rígida. Los artículos 6° y 7° del Reglamento contemplan una serie de supuestos que permiten y/o justifican que trabajadores de una misma categoría perciban distintas remuneraciones. Acá es donde, precisamente, se origina el motivo de la presente ponencia.

---

[1] Abogada de la Pontifica Universidad Católica del Perú. Abogada asociada del área laboral del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano.

[2] Recientemente nos hemos topado con posiciones que sostienen que, desde que la finalidad de este paquete normativo es prohibir las diferencias salariales por razones de sexo, su aplicación debería circunscribirse a los supuestos de discriminación salarial entre varones y mujeres, a efectos de realizar el mandato de igual salario por trabajo de igual valor. Si bien esto hubiera estado más acorde con el título de la Ley, creemos que sus artículos y el Reglamento nos llevan a concluir lo contrario: que su aplicación es transversal a toda la organización, no solo a los supuestos de discriminación por razón de sexo, de modo que se realiza tanto el mandato de igual salario por trabajo de igual valor, como el de igual salario por trabajo igual. Desde que este tema, si bien importante, no es parte del objeto del presente trabajo, no nos explayaremos más en él. Sin embargo, sí era preciso dejar a salvo esta posición pues, al parecer, a casi un año de la vigencia de Ley, aún no existe consenso en cuanto a sus reales alcances.

Es la primera vez que el legislador regula los supuestos de diferenciación salarial que no atentan contra el derecho de igualdad, aunque lo hace a través de dos artículos distintos, tal y profundizamos en el siguiente punto. Así, el propósito del presente trabajo es verificar si existe algún motivo por el cual se haya optado por recoger en dos dispositivos distintos supuestos que apuntan –en principio– a lo mismo: justificar la existencia de una diferencia salarial. No creemos que se trate de un mero error de técnica legislativa. Sin embargo, lo cierto es que la regulación actual no permite identificar los motivos de tal diferenciación.

Cabe señalar que, a la fecha de elaboración del presente trabajo, la Ley y su Reglamento tienen menos de un año de vigencia, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) acaba de publicar las pautas referenciales para la evaluación de puestos[3], y todavía se encuentran pendiente de publicación los protocolos de fiscalización que debe emitir la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL).

Asimismo, las materias que en tales dispositivos se regulan revisten de tal novedad y complejidad para el sector privado, que aún no se tiene suficiente certeza respecto de su ejecución y reales alcances. Los temas materia de controversia son diversos y, tal vez, muchos de ellos resulten más trascendentes y polémicos para la aplicación de la misma norma, que el que estamos abordando en el presente caso.

Sin embargo, precisamente por ello, hemos pretendido ser cautos, y empezar el análisis de una norma tan compleja, con una de sus aristas que, probablemente, sea la menos polémica; pero, no por ello, menos importante.

II. ¿EXISTE UN PROBLEMA? UNA EXPLICACIÓN NECESARIA

Nuestra Constitución (vigente desde 1993) así como los diversos instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, consagran el derecho a la igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo. En materia salarial, ello se traduce en la prohibición de otorgar beneficios diferenciados sin la justificación adecuada, o diferenciar los salarios en función de algún motivo prohibido por el ordenamiento interno por ser discriminatorio (sexo, raza, opinión, condición social, entre otros).

Hasta diciembre del 2017, no había mayor regulación del mandato de igualdad y no discriminación en materia salarial. Las normas internas que regulaban dicho principio, no incluían reglas concretas ni especiales aplicables al salario[4]. A falta de ello, existían

[3] Estas pautas se publicaron el 25 de septiembre del año en curso, mediante la Resolución Ministerial No. 243-2018-TR, que aprueba la "Guía que contiene las pautas referenciales que pueden ser utilizadas por la organización empleadora para evaluar puestos de trabajo y definir el cuadro de categorías y funciones", el modelo de cuadro de categorías y funciones y el contenido mínimo referencial de la política salarial.

[4] En el ámbito legal contábamos con la Ley No. 26772, que dispone que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan

diversos pronunciamientos de la autoridad laboral judicial y administrativa, indicando qué supuestos de diferenciación salarial, eran acordes con el mandato constitucional y cuáles no. Naturalmente, se trataba de un análisis casuístico.

Como se indicó previamente, esta situación habría cambiado con la publicación de la Ley No. 30709 y su Reglamento. De un análisis simple y literal de estos dispositivos, fluye que los trabadores que pertenecen a una misma categoría deben percibir las mismas remuneraciones, a menos que concurra alguno de los supuestos que justifique un trato salarial diferenciado. Estas situaciones se regulan en el Reglamento, aunque en dos artículos distintos:

a. La primera referencia se encuentra en el artículo 6° del Reglamento, que se titula "justificación de las diferencias salariales".

   Este dispositivo indica que, por excepción, los trabajadores pertenecientes a una misma categoría pueden percibir remuneraciones diferentes, cuando dichas diferencias se encuentren justificadas en criterios objetivos tales como la antigüedad, el desempeño, la negociación colectiva, la escasez de oferta de mano de obra calificada para un puesto determinado, el costo de vida, la experiencia laboral, el perfil académico o educativo, el lugar de trabajo, entre otros.

b. En segundo lugar, se encuentra el artículo 7° del Reglamento, denominado "situaciones excepcionales", que señala que el empleador tiene la potestad de mantener, de ser el caso, la remuneración de un trabajador en un particular nivel o estatus cuando se produzca una modificación de la estructura salarial u organizacional, reclasificación, degradación o ajuste razonable, aunque el valor asignado al puesto de trabajo o categoría haya decrecido o el nuevo puesto de trabajo corresponda a una categoría de inferior nivel remunerativo

La mayoría de los supuestos listados en el artículo 6° del Reglamento no son tan novedosos. Así, existen diversas sentencias del Poder Judicial y resoluciones de la SUNAFIL que reconocen a varios de tales criterios como supuestos de diferenciación salarial válidos. Lo mismo no ocurre con los supuestos regulados en el artículo 7° del Reglamento. Si bien son términos que se emplean con regularidad en la gestión de las relaciones de trabajo, es la primera vez que se plantean como supuestos que justifican la diferencia de salarios.

Una segunda diferencia entre ambos artículos consiste en que la lista del artículo 6° del Reglamento no es taxativa, pues admite la existencia de "otros supuestos" que también puedan justificar las diferencias salariales. Por el contrario, el listado de supuestos regulados en el artículo 7° del Reglamento es uno de índole cerrada. Así, solo

---

discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato; su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo No. 002-98-TR; y la Ley No. 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

cuando concurra alguno de los cuatro eventos, será factible mantener determinada diferencia salarial.

Aún con ello, no es posible encontrar un motivo jurídico que explique porque el legislador optó por regular tales eventos en dos distintos artículos. Si bien podemos sentar cualquier discusión en que se trató de un desliz en la técnica legislativa, nos negamos a tan simple conclusión. En nuestra opinión, los supuestos regulados en el artículo 7° del Reglamento tienen vocación temporal, de modo que, si bien su presencia no lesiona el derecho de igualdad salarial, se buscar que en el tiempo tales situaciones se corrijan. Por el contrario, los supuestos del artículo 6° tendrían vocación de permanencia.

Somos conscientes que la conclusión expuesta no fluye del texto normativo. Sin embargo, conforme se detalla en los siguientes apartados, consideramos que se trata de una lectura acorde al contenido constitucional del derecho a la igualdad, que permite explicar por qué tales excepciones al principio de igualdad salarial, se han recogido en distintos dispositivos normativos.

III. LAS DIFERENCIAS SALARIALES

El derecho de igualdad salarial tiene reconocimiento constitucional y está vigente en nuestro ordenamiento desde hace mucho tiempo. Como se indicó, hasta antes de la Ley No. 30709, la identificación de aquellos supuestos de diferenciación salarial compatibles o no con el principio de igualdad, eran analizados por las autoridades laborales y en cada caso en concreto. Desde que el marco constitucional no se ha visto modificado, los supuestos de diferenciación salarial regulados en el Reglamento de la Ley, no deberían ser ajenos a tales pronunciamientos. De ahí que nos referiremos brevemente a esta materia.

Nótese que, en la medida que los supuestos de excepción no aluden a categorías discriminatorias, no hemos visto necesario referirnos al derecho de no discriminación, ni al de igual salario por trabajo de igual valor que, en línea con lo sostenido por un sector de la doctrina[5], atienden a supuestos de diferenciación que se sustentan en motivos prohibidos por el ordenamiento por atentar contra grupos que históricamente han estado en situación de desprotección (sexo, discapacidad, religión, tendencia política, etc.).

III. 1. Marco normativo de la igualdad salarial

La igualdad salarial encuentra respaldo constitucional en el reconocimiento de los derechos a la igualdad de trato, al igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y suficiente.

---

[5] Al respecto puede verse: (i) Balta, José (2004). “La discriminación en el empleo en el Perú”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Editora Normas Legales, número 58, septiembre – octubre 2004, pp. 343-357; (ii) Blume, Iván (2010). *Igualdad salarial entre hombres y mujeres*. Primera edición. Lima: Pontifica Universidad Católica del Perú.

a. La igualdad de trato en el ordenamiento peruano

Nuestra Constitución vigente no la menciona expresamente. Sin embargo, la eficacia entre particulares de los derechos constitucionales y fundamentales, nos lleva a reconocer a la igualdad de trato como una manifestación en el ámbito de las relaciones laborales, del principio-derecho a la igualdad consagrado en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución (Blancas Bustamante, 2011, pág. 360)[6].

Asimismo, la Constitución señala en el inciso 1 de su artículo 26º que en la relación laboral se respeta –entre otros– el derecho de igualdad de oportunidades sin discriminación. Si bien la igualdad de oportunidades y la de trato no son lo mismo, no es posible afirmar la vigencia de la primera sin reconocer la de la segunda, pues la naturaleza de la igualdad de oportunidades necesariamente supone a la igualdad de trato (Neves Mujica, 2007, pág. 109).

De otro lado, la igualdad de trato se encuentra recogida en el artículo 23° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y en el artículo 2° del Convenio 111 de la OIT[7]. De este modo, considerando al artículo 3° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, la igualdad de trato forma parte del ordenamiento interno y sirve de parámetro de interpretación del derecho a la igualdad.

Afirmar la vigencia y rango constitucional de la igualdad de trato en nuestro ordenamiento jurídico, y sostener que su ámbito de acción son también las relaciones privadas, nos lleva a aceptar su aplicación y observancia dentro del ámbito de las relaciones laborales. Esto, aplicado al salario, nos llevaría a concluir que está prohibido que trabajadores en igualdad de condiciones perciban diferente remuneración, a menos que existan motivos objetivos y razonables que lo justifiquen[8].

---

[6] El Tribunal Constitucional en la sentencia del 12 de agosto de 2005, recaída en el Expediente 008-2005-PI/TC, también ha señalado que el mandato de igualdad de trato entre particulares se encuentra reconocido en el inciso 2) del artículo 2 de nuestra Constitución.

[7] La DUDH señala en su artículo 23º que "(…) Toda persona tiene derecho (…) a condiciones equitativas (…) de trabajo". Por su parte, del artículo 2° del Convenio 111 de la OIT, se deduce el reconocimiento al derecho a la igualdad de trato, cuando se indica que, "Todo Miembro (…) se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, (…) la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación".

[8] Al respecto, Álvarez de la Rosa y Palomeque Flores indican que: "Hay un criterio de proporcionalidad evidente que exige que la retribución venga determinada por criterios objetivos referidos a la cantidad o calidad del trabajo. Criterio que dependerá, en suma, del poder de dirección de la organización del trabajo (…) y del lugar que en ella ocupa el trabajador, lo que puede dar lugar a diferencias, incluso colectivas, si concurre causa justificada. De este modo, la equivalencia entre salario y trabajo –a igual tarea igual retribución– sólo puede romperse por razones objetivas (…)" (1996, pág. 915).

b. Derecho a igual salario por igual trabajo

Este derecho se consagra en el inciso 2 del artículo 23º de la DUDH y, como ya hemos indicado, en aplicación del artículo 3° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, forma parte del ordenamiento interno y sirve de parámetro de interpretación del derecho a la igualdad. De ahí que, a pesar de no tener mención expresa en nuestra Constitución, el derecho a igual salario por igual trabajo también forma parte de nuestro derecho interno.

A diferencia del derecho de igualdad de trato, que prohíbe cualquier tipo de diferenciación arbitraria, con independencia de la materia en donde recaiga; el de igual salario por igual trabajo está limitado a las diferencias que puedan establecerse respecto del "salario". Por tratarse de un instrumento internacional, creemos que el artículo 23º de la DUDH consagra una noción amplia y genérica de salario. Así, estaría comprendida en sus alcances cualquier ganancia o beneficios que perciba el trabajador, a razón del vínculo laboral.

De otro lado, la aplicación de este derecho exige la "comparación" de dos o más trabajos que cumplan con ser "iguales". Hasta antes de la Ley No. 30709 esta tarea tenía cierta dificultad, pues era necesario desplegar cierta actividad probatoria en cada caso en concreto, para demostrar que dos o más puestos son iguales[9]. Al parecer, desde la vigencia de la Ley No. 30709 y su Reglamento, esto ya no sería así. Nos explicamos:

- El artículo 2° de la ley No. 30709 señala que las empresas deben contar con cuadros de categorías y funciones, lo que exige evaluar objetivamente los puestos de trabajo, a través de alguna metodología; y
- Por su parte, del inciso 6.1 del artículo 6° del Reglamento se deduce que los trabajadores de una misma categoría deben percibir <u>las mismas remuneraciones</u>, a menos que medie algún supuesto de excepción.

En conclusión, para efectuar la comparación bastaría con elegir a un trabajador de la misma categoría, y verificar si los salarios son iguales y, de no serlo, si media algún supuesto de excepción.

No es nuestro propósito analizar la regulación de los cuadros de categorías y funciones. Sin embargo, y más allá de lo fácil que ahora podría resultar encontrar a un puesto "comparable", no podemos dejar de notar lo grave y confusa de esta conclusión pues no queda claro: (i) si por categoría ha pretendido referirse a algo distinto a una

[9] A modo de ejemplo, en su oportunidad, Castro Otero señalaba que "(…) pueden encontrarse innumerables métodos para la determinación de la equiparación de empleos iguales (…) en cualquiera de ellos será necesaria la existencia de estudios de mercado previos y de una actividad probatoria lo suficientemente activa como para determinar, con criterios objetivos que brinden certeza, cuando nos encontramos ante dos trabajos iguales (…)" (2009, pág. 273).

"agrupación de puestos de trabajo" y que no queda claro qué es; (ii) si la intensión del legislador ha sido convertir al derecho de igual salario por igual "trabajo", a uno de igual salario por igual "categoría"; o (ii) si simplemente se trata de un error legislativo, al equiparar equivocadamente a la "categoría" con el "puesto" de trabajo.

c. El derecho a una remuneración equitativa y suficiente

El artículo 24º de la Constitución dispone que "El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual (…)". Si bien la equidad y la suficiencia son criterios que no pueden predicarse por separado, para efectos del presente análisis solo nos centraremos en el concepto de "equidad".

Siguiendo a Blancas Bustamante, la noción de remuneración equitativa guarda relación con diversos factores, entre los que se encuentra, la fijación del salario en función de la cantidad y calidad del trabajo (2011, págs. 521-522). Respecto a la cantidad, Rubio Correa indica que se trata de otorgar mayor remuneración al que trabaja más, mientras que, respecto a la calidad, el mismo autor indica que "(…) si una persona presta una labor más elaborada, o hecha con mayor cuidado, o para la que ha requerido mayores calificaciones (…) entonces dicha calidad también deberá ser reconocida como un pago proporcionalmente mayor" (1999, pág. 216).

De otro lado, estarían comprendidos dentro de este derecho tan solo los beneficios que cumplan con la definición de remuneración prevista en la ley peruana. En efecto, a diferencia de la DUDH, si bien la Constitución es la norma de máxima jerarquía en el ordenamiento nacional, sigue siendo una norma interna, de modo que los conceptos incluidos en su texto han de entenderse desde la definición técnico-jurídico que en exista al interior de nuestro sistema normativo.

III.2. La igualdad salarial en el Tribunal Constitucional

Los derechos mencionados en el numeral previo, son todas manifestaciones del principio-derecho de igualdad. Más allá de las características especiales y matices que puedan tener, en última instancia apuntan a lo mismo: la imposibilidad de otorgar condiciones salariales diferenciadas, si es que no existen elementos objetivos y razonables que lo justifiquen.

El Tribunal Constitucional, en diversas de sus sentencias referidas al principio-derecho de igualdad, ha establecido un conjunto de criterios metodológicos orientados a analizar la constitucionalidad de un trato diferenciado, mediante el denominado "test de igualdad" (Rubio, Eguiguren, & Bernales, 2010, pág. 154)[10].

---

[10] Los criterios que integran el test de igualdad del Tribunal Constitucional han sido expuestos y delimitados en diversas sentencias, tales como, las recaídas en los siguientes expedientes: No.

Dicho test exige, en primer lugar, verificar si existen supuestos de hechos equivalentes o similares que estén recibiendo un tratamiento diferenciado. Así, de haber algún elemento en concreto que diferencie a un supuesto del otro, pues entonces no se afecta el principio de igualdad. Por el contrario, de no existir tal justificación, se prosigue a verificar si existe un principio o bien jurídico regulado en la Constitución, que justifique el tratamiento diferenciado (finalidad constitucional).

Si el trato diferenciado no se sustenta en algún un principio o bien jurídico previsto en la Constitución, la afectación al derecho de igualdad se torna en inválida. De lo contrario, se procede con el análisis de ponderación de derechos, que exige evaluar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad del trato diferenciado que se está otorgando. Nuevamente, si no se supera la ponderación de derechos, el tratamiento diferenciado deviene en ilegítimo.

En materia de igualdad salarial, hemos tenido a la vista pocos pronunciamientos del Tribunal. Tal vez el más significativo es el recaído en el expediente No. 04922-2007-PA/TC, referido a la homologación de remuneraciones entre los trabajadores de la Ex Superintendencia Nacional de Aduanas (SUNAD) y los de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), con ocasión de la fusión por absorción de la que fueron parte tales instituciones.

En este caso, y a pesar de existir un dispositivo que ordenaba la homologación progresiva, luego de 5 años la SUNAT solo habría homologado al personal de dirección, más no al resto de cargos. Como resultado de ello, el Tribunal indica en su sentencia que existen posiciones en igual nivel y categoría, pero con distintas remuneraciones. De ahí que, el Tribunal señaló que "(…) no se ha contemplado una <u>justificación objetiva y razonable</u> para el tratamiento diferenciado en cuestiones remunerativas entre el personal que labora en la <u>misma entidad</u> emplazada, no obstante tratarse de una misma institución. Por consiguiente, dicha omisión de la demandada al no homologar las remuneraciones resulta ser discriminatoria e irrazonable".

En nuestra opinión, de tal pronunciamiento fluye que, de verificarse posiciones en igual categoría, debe existir una justificación objetiva y razonable para que tales puestos no perciban el mismo salario. Si bien no se menciona, estaría implícito que la fusión por absorción de la que fueron objeto tales entidades, no es una justificación ni objetiva ni razonable.

III.3. La igualdad salarial en la Corte Suprema

A diferencia del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema cuenta con mayor variedad de pronunciamientos en esta materia.

0045-2004-PI/TC, No. 0004-2006-PI/TC, No. 0027-2006-PI/TC, No. 06089-2006-PA/TC, entre otros.

El pronunciamiento que marca las pautas futuras, por ser un precedente de observancia obligatoria, es el recaído en la Casación No. 208-2005-Pasco. En este pronunciamiento se indicó que para determinar si se afecta la igualdad de trato en materia salarial, se deben seguir los siguientes criterios:

- La procedencia del homólogo con el cual se realiza la comparación.
- La categoría o nivel ocupacional al que pertenece el homólogo y del demandante;
- La antigüedad laboral en la empresa;
- Las labores realizadas; y
- Una correcta diferenciación disgregada entre los conceptos remunerativos que perciben en ambos casos.

Posteriormente, en la Casación No. 601-2006-Del Santa la Corte indicó que ante igual labor corresponde percibir igual remuneración, a menos que la diferencia responda "(…) a circunstancias objetivas y subjetivas –evaluación de tareas, antigüedad, categoría, experiencia, méritos, entre otros (…)" (el subrayado es nuestro).

En el 2011, en la Casación No. 4906-2009-Piura, la Corte concluyó que en el caso en concreto no se logró acreditar la vulneración contra el principio de igualdad, pues –entre otros– no se analizan "(…) los parámetros objetivos (cargo, funciones y responsabilidades, entre otros) o subjetivos (experiencia profesional, nivel académico, entre otros)". Con esto queda claro que, por "subjetivo" la Corte no pretende aludir a situaciones arbitrarias, sino a características propias del trabajador en tanto "sujeto".

Recién en el año 2015, vemos que a Corte retira el término "subjetivos" para aludir a los supuestos de diferenciación válidos. Así, en la Casación No. 16927-2013-Lima, se indica que las diferencias salariales no atentan contra la igualdad siempre que se otorguen sobre la base de factores legítimos, razonables y objetivos. En el mismo fallo, se listaron como parámetros objetivos de comparación a los siguientes: (i) la empresa proveniente, (ii) la trayectoria laboral, (iii) las funciones realizadas, (iv) la antigüedad en el cargo y la fecha de ingreso, (v) el nivel académico alcanzado y la capacitación profesional, (vi) la responsabilidad atribuida; y (vii) la experiencia y el bagaje profesional.

La mayoría de los supuestos mencionados por la Corte no generan mayores dudas, salvo el de "la empresa proveniente". Por tratarse de una sentencia recaída en un caso de Telefónica, podría pensarse que se refiere a las concentraciones de personal que se producen con ocasión de una fusión o cualquier otra reorganización empresarial. Sin embargo, la Corte no desarrolla dicho extremo ni señala porque sería una justificación razonable, más aún, teniendo en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional en el expediente No. 04922-2007-PA/TC que comentamos previamente.

En los años siguientes, la Corte Suprema continuó profundizando en el análisis, y pasó a evaluar si determinadas diferencias empleadas en cada caso, eran o no acordes con el principio de igualdad. Entre ellas, podemos señalar las siguientes:

- La evaluación de desempeño no puede ser un elemento que justifique la diferencia de salarios, si es que en el documento no se precisa cual es la finalidad de la evaluación y, menos aún, cuando el trabajador afectado cuenta con los mismos conocimientos que la persona con la que se compara (Casación No. 12033-2015-Del Santa). Noten que en este caso no se descarta al desempeño como criterio de diferenciación, sino que se añade que la evaluación debe precisar que su propósito es otorgar determinado incremento.

- Cuando dos empresas se fusionan, el tiempo que se labora para una de ellas hasta antes de la fusión, también se considera como parte de la trayectoria laboral. Así, en el caso que se analiza en la Casación No. 19902-2015-Cusco, la Corte considera como fecha de ingreso no a la de la fusión, sino a la fecha original en la que entraron a laborar a su primer empleador.

  De ahí que la Corte concluyó que los trabajadores que se comparaban no eran iguales pues, además de laborar en plantas distintas y pertenecer a distintas categorías (una era de obreros y la otra de operarios), tenían distintas fechas de inicio de labores.

- Se admite a la trayectoria laboral como un supuesto válido de diferenciación salarial. La trayectoria laboral incluye al tiempo de servicios, las labores, cargos y responsabilidades que desempeñó en otras áreas, entre otros (Casación No. 16101-2016-Lima y Casación No. 20121-2016-Lima).

III.4. La igualdad salarial en la SUNAFIL

La SUNAFIL ha señalado expresamente que sus resoluciones se guían por –entre otros– los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En materia de igualdad salarial, la SUNAFIL ha señalado en diversas resoluciones que acata los criterios de observancia obligatoria dispuestos por la Corte Suprema en la Casación No. 208-2005-Pasco, que comentamos previamente.

Los pronunciamientos de la SUNAFIL suelen más concretos que los abordados en los puntos previos, pues evalúan las diferencias identificadas en cada caso en concreto. El problema de esto y la crítica que se le ha hecho, radica en que, lo identificado en un trabajador o algunos trabajadores, lo extiende a toda una colectividad, obligando a homologar posiciones sin antes haberlas comparado, alterando con ello la organización interna de la Empresa.

Al margen de lo expuesto, existen una serie de criterios interesantes en materia de diferencia salariales, que seguidamente se exponen:

- En la Resolución de Intendencia No. 110-2014-SUNAFIL, se indica que la experiencia previa es un elemento que justifica la diferencia de salarios. Sin embargo, si en un grupo de trabajadores todos tienen la misma experiencia previa,

la Intendencia indica que los incrementos que se otorguen en base a dicho componente deben serlo también.

- En la Resolución de Intendencia No. 339-2015-SUNAFIL, la Intendencia señaló que no para sustentar la existencia de diferenciación salarial en base a la antigüedad, no es suficiente la fecha de ingreso de los trabajadores. Así, deben aportarse elementos que acrediten la objetividad y razonabilidad de otorgar incrementos en razón de determinado tiempo de servicios.

- La Intendencia consideró en su Resolución No. 047-2016-SUNAFIL, que las diferencias remunerativas que se sustenten en variables como el conocimiento, calificación profesional y curricular, responsabilidad en el cargo, antigüedad laboral, rendimiento, eficacia y calidad del trabajo, entre otros, son constitucionalmente válidas.

IV. LAS "JUSTIFICACIONES" Y "EXCEPCIONES" EN MATERIA SALARIAL

Era necesario el marco previo antes de entrar al tema principal de este trabajo. De lo contrario, no habría sido posible identificar qué es lo nuevo, qué ha cambiado, y si todo este conjunto normativo está acorde al marco constitucional.

IV.1. Justificación de las diferencias salariales

Estos supuestos se regulan en el artículo 6° del Reglamento, que textualmente señala lo siguiente:

> "6.1. Por excepción, los trabajadores pertenecientes a una misma categoría pueden percibir remuneraciones diferentes, cuando dichas diferencias se encuentren justificadas en criterios objetivos tales como la antigüedad, el desempeño, la negociación colectiva, la escasez de oferta de mano de obra calificada para un puesto determinado, el costo de vida, la experiencia laboral, el perfil académico o educativo, el desempeño, el lugar de trabajo, entre otros.
> 6.2. Existe escasez de oferta de mano de obra calificada cuando objetivamente se demuestre que las calificaciones requeridas por un puesto de trabajo son escasas en el mercado.
> 6.3. Las diferencias de los ingresos totales generadas por la realización de trabajo en jornada reducida, en jornadas atípicas o a tiempo parcial no se consideran contrarias a lo previsto en la Ley o en el presente Reglamento".
>
> (El énfasis es añadido).

Los criterios de antigüedad, desempeño, experiencia laboral, perfil académico o educativo, ya habían sido recogidos por la jurisprudencia nacional, tal y como

comentamos previamente. De este modo, en los siguientes puntos abordaremos aquellos criterios de diferenciación que resultarían novedosos.

Cabe precisar que todos los supuestos de diferenciación previamente abordados y que no se han recogido en el Reglamento, se entienden también como válidos, desde que el listado del inciso 6.1 es abierto (entrarían en el "entre otros").

a. La negociación colectiva

No queda claro si se refiere al proceso o al producto (el convenio colectivo). Consideramos que debería ser el proceso, pues la aplicación y efectos de un convenio colectivo y, en consecuencia, las diferencias que este puede ocasionar, se regulan en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo No. 010-2003-TR (en adelante, TUO de la LRCT). Nos explicamos:

- Los convenios colectivos se integran por –entre otras– cláusulas de índole normativa, que son aquellas "(…) dirigidas a regular las relaciones individuales de trabajo sobre las que incide el convenio colectivo" (Boza Pro, 2009, pág. 109). De ahí que, estás cláusula regulan de manera general y abstracta, las condiciones salariales del personal comprendido en sus alcances, por lo que tendrán naturaleza y efectos normativos respecto de los trabajadores que se encuentren bajo su ámbito de aplicación.

- De otro lado, el artículo 9º del TUO de la LRCT indica que cuando un sindicato afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores, el convenio tendrá eficacia general, es decir, que será de aplicación a la totalidad de los trabajadores comprendidos en el ámbito correspondiente, aunque no se encuentren afiliados a la organización sindical (eficacia general); de lo contrario, el convenio solo será aplicable –en principio, pues el empleador puede decidir extender su aplicación– a los trabajadores afiliados al sindicato o a la coalición de los mismos (eficacia limitada).

- Por tanto, si la aplicación de un convenio produce diferencias, ello se deberá únicamente a: (i) lo que las partes hayan acordado en el convenio; y (ii) a si se trata de una organización mayoritaria o no. Por ejemplo, el incremento que un sindicato minoritario pacta en un convenio no atenta contra el derecho a la igualdad salarial del resto de trabajadores pues, en aplicación del artículo 9° del TUO de la LRCT, no corresponde extender los alcances de tal concepto.

Dicho ello, creemos que la finalidad de este criterio es validar los incrementos salariales o beneficios que se otorguen al personal cuyas remuneraciones no se regulan por convenio colectivo. Se trata, ciertamente, de una medida bastante razonable pues dicho personal, a diferencia del sindicalizado, no cuenta con ninguna vía para mejorar sus condiciones salariales.

b. La escasez de mano de obra calificada para un puesto determinado

Siguiendo a Blume Moore, esta excepción atiende supuestos en los que "(…) existe dificultad para reclutar a un candidato o retener a un empleado que cuenta con una determinada habilidad que escasea en el mercado (…)" (2010, pág. 111). Así, este criterio permitiría que las remuneraciones del personal que cumpla con tales características, esté por encima de lo que el cuadro de categorías y funciones de la empresa en concreto disponga. No le encontramos otra lectura posible.

De otro lado, el inciso 6.2 de su artículo 6° añade que es necesario demostrar objetivamente que las calificaciones requeridas para un puesto son escasas. El dispositivo tan solo señala que debe tratarse de un sustento "objetivo". Así, no precisa que tal sustento deba ser efectuado por un tercero. De ahí que creemos que este requisito no equivale a exigir estudios de mercado, ni informes o auditorías de terceras empresas.

En nuestra opinión, existe información de la propia empresa que cumpliría con el requisito de ser objetivo. Por ejemplo: anuncios reiterados en los que se busca a un determinado profesional para un puesto, y los documentos del proceso de selección que demuestren que nadie se presentó o que los que se presentaron no cumplían con los requisitos.

c. El lugar de trabajo

Este supuesto también es confuso. Las normas de seguridad y salud ocupacional definen al "lugar de trabajo" como todo sitio o área en donde los trabajadores permanecen y desarrollan su trabajo, o adonde tienen que acudir para desarrollarlo[11]. Así, creemos que con este criterio se puede estar aludiendo a cualquiera de las siguientes situaciones:

- La zona geográfica en la que se ubica el lugar de trabajo, que determina una mayor o menor accesibilidad de las personas. Así, este criterio podría justificar aquellas "(…) ventajas adicionales [que] más bien pretenden reparar las molestias inherentes a la prestación de un trabajo en cierta zona geográfica o, más explícitamente, incentivar el trabajo en determinadas regiones" (Llompart Bennássar, 2007, pág. 410).

- El costo de vida del ámbito en la que se ubica el lugar de trabajo, también es un factor que incide en la fijación de la cuantía del salario. Nuevamente, siguiendo a Blume Moore "[e]s lógico que un empleador que cuenta con diferentes centros de trabajo en distintas regiones del país, pague a sus trabajadores un distinto salario teniendo en consideración la economía local y las condiciones en las que estos trabajos se desarrollan" (2010, pág. 114).

[11] Nos referimos a las definiciones del Glosario de Términos del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por el Decreto Supremo No. 005-2012-TR.

- Por último, las condiciones e instalaciones del lugar de trabajo también son un factor a considerar respecto de la entrega de determinados complementos. Por ejemplo, al personal de una empresa minera que labora en un socavón podría otorgársele una bonificación por subsuelo que, el personal que labora a tajo abierto no necesariamente percibirá.

d. Diferencias por el tipo de jornada

El inciso 6.3 del artículo 6° señala que no es contrario a la igualdad salarial, las diferencias de ingresos que se produzcan por el tipo de jornada que se realice, ya sea ésta una de tipo reducida, a tiempo parcial o atípica. No creemos que se trate de una regla que apunte a que el pago deba ser proporcional al tiempo de trabajo. Sino que, por el contrario, de existir alguna diferencia por el tipo de jornada que se realiza, ésta no será contraria al principio de igualdad.

IV.2. Situaciones excepcionales en materia de igualdad salarial

Estos supuestos se regulan en el artículo 7° del Reglamento de la Ley que textualmente señala lo siguiente:

> "El empleador tiene la potestad de mantener, de ser el caso, la remuneración de un trabajador en un particular nivel o estatus cuando se produzca una modificación de la estructura salarial u organizacional, reclasificación, degradación o ajuste razonable, aunque el valor asignado al puesto de trabajo o categoría haya decrecido o el nuevo puesto de trabajo corresponda a una categoría de inferior nivel remunerativo".
>
> (El énfasis es añadido).

A diferencia de los supuestos mencionados en el punto previo, los que se regulan en el artículo citado no han tenido tanto desarrollo en la jurisprudencia nacional. Si bien las situaciones que se señalan no son ajenas a las relaciones de trabajo, su empleo como excepciones a la igualdad salarial sí es novedoso.

Además, de las situaciones que se mencionan, la única que cuenta con una definición expresa en la legislación laboral del ámbito privado, es la de "ajustes razonables". Con las demás no ocurre lo mismo. Por ello, consideramos importante esbozar una definición de estas categorías, a fin de identificar sus alcances y limitaciones.

Sin embargo, antes de ello, es preciso notar que el dispositivo otorga a la empresa tiene la "potestad" de "mantener" un determinado nivel salarial, a pesar de que a la posición o categoría que corresponde al trabajador, le corresponde un nivel remunerativo inferior. De esto fluyen los siguientes comentarios:

- En primer lugar, se indica que se trata de una potestad. Es decir, de una facultad del empleador que, como tal, podría como no ejercerse. Al menos de este dispositivo, no fluye que cuando concurra alguno de tales supuestos, necesariamente debe mantenerse el nivel salarial original del trabajador. En otras palabras, este dispositivo no reconoce ningún derecho del personal involucrado en tales supuestos de mantener su nivel salarial original.

  De ahí que consideramos que, de mediar acuerdo, es viable la reducción del salario o su adecuación al nuevo nivel que le corresponda.

- De otro lado, la norma es clara al señalar que se trata de "mantener" el nivel salarial original. Es decir, de congelar determinada situación. Así, de optarse por esta vía, el empleador no estaría obligado a extender los aumentos salariales que se otorguen en dicho lapso, desde que ello implica una modificación, lo que es contrario a "mantener".

  Sin duda esto plantea diversas interrogantes. Por mencionar un par: ¿Por cuánto tiempo o hasta cuándo se mantiene tal situación? ¿El congelamiento es solo respecto del básico o incluye los complementos salariales?

a. Modificación de la estructura salarial y organizacional

Por "estructura salarial", entendemos que alude a la distribución, composición y/o forma en cómo se articulan las distintas partidas del salario que se otorga a un trabajador (Llompart Bennássar, 2007, pág. 73). Como bien señala Arce Ortiz, los empleadores tienen libertad de definir la estructura salarial aplicable a su organización, desde que el ordenamiento peruano no impone al empleador del sector privado una determinada estructura remunerativa (2008, pág. 375).

En cuanto a la "estructura organizacional" consideramos que se refiere a como se ordena la empresa para lograr sus objetivos, lo que implica determinar las áreas de trabajo, las funciones y responsabilidades de cada una de ellas, la interacción entre ellas, la asignación del personal y la cantidad de personal requerido, las relaciones de jerarquía y/o coordinación, entre otros.

De este modo, si producto de cualquier modificación que el empleador decida introducir a la estructura salarial u organizacional, se determina que al puesto o categoría de determinado trabajador le corresponde un menor salario, la empresa podrá mantener el salario original. Nótese que las modificaciones comprendidas en este supuesto, son las que se produzcan en ejercicio del poder de dirección que tiene el empleador.

En efecto, desde que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, se reconoce al empleador el poder de dirección que se define como el conjunto de facultades de diversa índole, que tienen por función garantizar la organización y la eficiencia de la empresa, para que éste realice su fin económico (Blancas Bustamante, 2007, pág. 99).

Así, como ejemplos de estas modificaciones podrían señalarse: (i) la creación o supresión de un departamento y/o área en la empresa, (ii) la fusión de dos o más áreas, departamento y/o centros de operaciones en una sola; (iii) la introducción de nuevas tecnologías que demanden reorganizar las funciones del personal; (iv) la externalización de alguna etapa productiva de la empresa; (v) un nuevo cuadro de categorías y salarios producto de la fusión de dos o más empresas; (vi) la incorporación de salario variable a la estructura remunerativa del personal; entre otros.

b. Reclasificación

A efectos de diferenciar este supuesto del abordado en el literal previo, consideramos que este término alude a la asignación de una posición determinada a otra categoría organizacional. De este modo, mientras las "modificaciones organizacionales" impactan en una estructura que engloba a un colectivo de puestos de trabajo, la reclasificación se centra en una o algunas posiciones en específico que, en consecuencia, afecta a una o algunas personas determinadas.

Asimismo, para diferenciar a la reclasificación de la degradación, este supuesto no podría suponer el traslado de la posición a una categoría de inferior jerarquía. De este modo, a la reclasificación solo le quedan los cambios a otras categorías de igual nivel. Como verán, no es sencillo imaginar algún ejemplo de esta situación. En consecuencia, deberemos estar a lo que la jurisprudencia pueda ir delineando, a efectos de entender los supuestos incluidos en este criterio.

c. Degradación

En su concepto más básico, esto alude a cualquier acción y efecto de reducir, rebajar, disminuir, y similares. Desde que tales actos no pueden realizarse respecto al salario pues, precisamente, el artículo 7° predica que éste se puede mantener pese a la degradación, tan solo queda afirmar que esta acción va referida al puesto o categoría de trabajo.

Ahora, no puede tratarse de una degradación de puesto que se sustente en la voluntad unilateral del empleador pues, de acuerdo con el literal b) del artículo 30° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo No. 003-97-TR, la reducción de categoría constituye un acto de hostilidad equiparable al despido, con independencia de si es motivado y/o justificado.

Así, tan solo podría tratarse de una degradación que ocurra de forma bilateral o por mandato de un tercero. Al respecto, solo podemos pensar en los siguientes ejemplos:

- Un trabajador que es ascendido pero que no demuestra las habilidades necesarias que la nueva posición demandaba. En este caso, en lugar de evaluar su desvinculación, las partes podrían suscribir un convenio, acordando que el trabajador retorne a su posición anterior.

Más allá de que –en nuestra opinión– las partes puedan pactar la reducción del salario, el Reglamento también les permite que se mantenga el salario original, lo cual no será contrario al principio de igualdad.

- Un trabajador que fue despedido por retiro de confianza pero que, como en un inicio desempeñó un puesto no calificado como tal, es repuesto a dicha posición. En este caso, existe una degradación del puesto de trabajo, pero por mandato judicial. De presentarse el caso, la empresa podría reincorporarlo, manteniendo su último sueldo vigente, y esto no sería contrario al mandato de igualdad.

d. Ajuste razonable

Este término nos lleva a pensar en el traslado de las personas con discapacidad, a un puesto que no implique mayor daño para su salud. Sin embargo, esto no se condice con la regulación de "ajuste razonable" que se contempla en la Ley No. 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad y sus demás normas complementarias.

El artículo 50° de la Ley No. 29973 señala que los ajustes razonables 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. Así, en su definición no se incluyen los cambios de puesto. Es más, el inciso 52.2 del artículo 52° de la misma Ley parece diferenciar a los ajustes razonables del cambio de puesto, al indicar lo siguiente:

> "El personal que adquiere una discapacidad durante la relación laboral tiene derecho a conservar su puesto de trabajo cuando, <u>realizados los ajustes razonables</u> correspondientes, esta no es determinante para el desempeño de sus tareas. <u>Caso contrario</u>, dicho personal es <u>transferido a un puesto</u> 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".
>
> (El énfasis es añadido).

Como se advierte, el cambio de puesto viene si es que los ajustes razonables no fueron efectivos. Esto nos obliga a preguntarnos, qué quiso decir el legislador con ajustes razonables pues, ni la adaptación de herramientas o maquinarias, ocasionan un cambio de puesto y/o categoría que impacte en el nivel salarial. Sin duda, se trata de otra cuestión que deberá dilucidarse a través de los pronunciamientos judiciales o administrativos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ESBOZANDO MATICES

Los supuestos regulados en artículo 6° del Reglamento no requerían de regulación expresa para que sean admitidos como excepciones válidas al principio de igualdad. Evidencia de ello es que: (i) más de la mitad de los criterios contemplados, ya habían sido previamente reconocidos por la jurisprudencia nacional de los últimos años, y (ii) que la misma lista es abierta, de modo que cualquier supuesto no contemplado, pero que cumpla con los criterios de objetividad y razonabilidad, podría admitirse también como un criterio de diferenciación válido.

Por lo expuesto, la virtud del listado incluido en el artículo 6° del Reglamento, consiste en que su razonabilidad y objetividad, ya no quedarán –al menos, ya no tanto– a merced de la evaluación personal ni al arbitrio del juez o inspector de trabajo, que analice las diferencias salariales que se sustenten en alguno de tales criterios.

Por el contrario, consideramos que los supuestos regulados en el artículo 7° del Reglamento sí requerían de reconocimiento expreso para admitirse como situaciones de diferenciación que no atentan contra el principio de igualdad. De ahí que se trata de un listado cerrado. Solo los supuestos previstos en dicho artículo, son los que permitirán mantener el salario original cuando, a causa de ellos, al trabajador le corresponda un nivel salarial menor.

Los supuestos del artículo 6° del Reglamento permiten instaurar, crear o introducir diferencias salariales, que se sustenten en los criterios que se listan en tal dispositivo. La introducción de alguna de estas diferencias salariales se realiza de forma deliberada y con el propósito de optimizar la productividad del personal, ya sea premiándolos por el desempeño realizado, motivarlos a trasladarse a determinada zona geográfica, retribuirlos con el salario apropiado según los costos propios de la zona en la que laboran, entre otros. En suma, todo esto es una herramienta que busca contribuir con la producción y eficiencia de la empresa.

Por el contrario, los supuestos del artículo 7° permiten tan solo “mantener” una situación previamente creada. Si bien su introducción también se dará de forma deliberada (es potestad del empleador), difícilmente se podrá sostener que se tratan de diferencias que buscan contribuir con la producción y la eficiencia. Los motivos que están detrás serían más de índole social y asistencial: permitir la inclusión laboral de la persona con discapacidad, no afectar la suficiencia del salario de un trabajador que ve reducido su puesto de trabajo por termas organizaciones, entre otros.

Por último y vinculado a lo anterior, los supuestos del artículo 7° del Reglamento tendrían vocación temporal antes que permanente. Desde que su finalidad sería no perjudicar el ingreso de un trabajador, que ve reducida su categoría y nivel salarial, lo razonable sería mantener el salario congelado hasta que éste se nivele con el del resto de trabajadores.

Por el contrario, los supuestos previstos en el artículo 6° tienen vocación de permanencia. Es decir que, en base a tales diferencias, se continuarán estableciendo partidas o complementos salariales, que continuarán incrementándose con el tiempo, según la empresa lo vea necesario y acorde a sus necesidades.

LA DISCRIMINACION POR RAZON DE GÉNERO

LUIGINO PILOTTO CARREÑO[1]

Hoy en día, se ha puesto de moda hablar sobre la discriminación de género. Sin embargo, este no es un tema de moda sino es un problema real que viene siendo analizado hace ya varias décadas, sin que exista a la fecha, un final cercano. Muchos se suman a esta cruzada, ahora que existe reflectores apuntándola. Cuando hice el primer análisis de este problema, allá por el año 1994, la situación era distinta, siendo visto en nuestro país, como un tema poco relevante. Esperemos que ahora, deje de ser sólo un peldaño más y pase a dársele la relevancia necesaria dentro de la Sociedad, como una forma real de buscar y lograr una verdadera igualdad.

Para entender este concepto, primero se debe conocer que es la igualdad de trato y la no discriminación, ubicando el concepto, dentro del Derecho del Trabajo Primero, a fin de conocer su importancia laboral y social, relevando su vinculación con otros principios laborales y con los derechos humanos.

I. IGUALDAD DE TRATO Y LA DISCRIMINACIÓN.

Oscar Ermida, señaló de manera clara que, la igualdad en el Derecho del Trabajo no es la misma que el principio que se aplica en otras ramas del Derecho. Es decir, no se refiere a la igualdad ante la ley, principio aplicable sin distingos de ninguna clase a todo estamento social. En materia laboral, sin embargo, este concepto persigue que se otorguen tratamientos igualitarios a todos, buscando "…la igualdad a través de la ley"[2].

En el Derecho del Trabajo, el tratamiento normativo no es equitativo para todos, sino que, a través de una fórmula de protección o discriminación positiva, busca compensar las diferencias entre las partes intervinientes. Es por ello que se convierte en

[1] Profesor de la maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad San Martin de Porres, de programas de extensión de la Universidad ESAN y de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC. Vocal del Tribunal del Servicio Civil y del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República.

[2] ERMIDA URIARTE. Oscar. Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y no Discriminación en Soluciones Laborales N° 41 / mayo 2011.

un derecho social. Para hacerlo, se busca, a través de normas de orden público, determinar límites máximos de obligaciones y el otorgamiento de derechos mínimos, parámetros que deben ser respetados necesariamente.

Tal como señalaba el Doctor Ermida, la igualdad en materia laboral, es una meta no un punto de inicio, como en el caso del Derecho Privado. Este principio consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que no pueden otorgarse tratos desiguales entre trabajadores que se encuentren en similares condiciones laborales.

Un concepto que debe quedar caro es que la Igualdad de trato no es lo mismo que la no discriminación, existe una relación de género – especie entre uno y otro. El otorgar igualdad de trato es conferir dignidad a los trabajadores, siendo que, si todos somos iguales, debemos gozar de la misma forma, del derecho fundamental a la dignidad. La igualdad forma parte de la dignidad; de su contenido esencial.

Una de los métodos a través de los cuales se logra la igualdad, es la no discriminación. En materia de igualdad, se busca que no existan diferencias marcadas entre los que se encuentran en puestos de dirección y sus dirigidos. Es decir, se va desde arriba hacia abajo.

En cambio, cuando hablamos de no discriminación, buscamos otorgar el mismo tratamiento a todos los trabajadores sin realizar mayores distingos, siempre que se encuentren en similares condiciones. Tal como lo señala en el año 1992, la Doctora María Vittoria Ballestrero, en el artículo denominado "A Proposito di Eguaglianza e Diritto del Lavoro, publicado en la revista Lavoro e Diritto:

«Il problemma é cioé se sia possibile che il legislatore perpetui un singolare paradosso quello di adottare come mezzo un Diritto diseguale, perseguendo il fine di prevenire all´eguaglianza sociale ed effettiva fra i sessi in materia di lavoro.»

Es decir, en el caso de la legislación laboral, en materia de género, el legislador busca otorgar un tratamiento igual entre dos personas que son distintas entre sí, pero que tienen la misma condición de trabajador. Las diferencias fisiológicas evidentes, sin embargo, no generan ni deben generar, distinción al momento de aplicar el derecho del trabajo entre dos personas de sexo distinto.

La definición de la discriminación laboral está contenida dentro del artículo 1° del Convenio de la OIT N°. 111[3], Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), del

[3] *1. A los efectos de este Convenio, el término* ***discriminación*** *comprende:*
(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el

año 1958. Esta norma la define como toda distinción, exclusión o preferencia que carece de una razón objetiva o justificación suficiente, con la finalidad de destruir o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en materia de empleo.

Utilizando este artículo, se pueden determinar cuáles son las características que definen a la discriminación:

a) Puede nacer de una acción o de una omisión o de un hacer o un no hacer.

b) Genera un trato diferenciado, una exclusión o una preferencia injustificada, sin razones objetivas que la sustenten.

c) Se provoca un daño o perjuicio al trabajador discriminado.

No toda distinción es discriminatoria, Ya lo decía Ernesto Krotoschin[4] cuando señalaba que la discriminación en si misma está prohibida, pero si ésta se sustenta en causas objetivas, éstas distinciones pueden ser aceptadas. Tratamientos generados para la mejora de un trabajador sobre otro por el hecho que éste reúne determinadas condiciones objetivamente comprobables, no resulta una discriminación, por ejemplo, como empleador, decido otorgar un aumento de remuneraciones a todo trabajador de mi empresa que tenga una maestría, con la finalidad de motivar una mayor capacitación de mi personal. Esta no es una medida que sea segregacionista, aunque sólo un trabajador reúna dicha condición, dado que se aplicará a todo aquel que reúna dicha condición, en el presente o a futuro.

Las distinciones, si son objetivas, no generan daño, sino que otorgan un beneficio a todo aquel que las cumple. Otro ejemplo de este supuesto, son los bonos de productividad, cuyo otorgamiento busca el mejor nivel de los trabajadores dentro del centro de trabajo, motivándolos con el pago de una suma de dinero, en caso de llegar o superar las metas. Como decía Vásquez Vialard[5], el impedir que estas situaciones se presenten, solamente generaría una nivelación de los trabajadores, al nivel más bajo.

Tampoco resulta tratamiento discriminatorio, algunas otras situaciones de diferencias por razón de género, como, por ejemplo, el descanso pre y post natal, que

---

Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.
2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.
*3. A los efectos de este Convenio, los términos **empleo** y **ocupación** incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo*

[4] KROTOSCHIN, Ernesto. Tratado de Derecho del Trabajo. Volumen I. Pág. 337.

[5] VASQUEZ VIALARD, Antonio. Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Volumen 2. Pág. 177.

genera un tratamiento preferente de la mujer respecto del hombre. O también trabajos en los cuales se requiera objetivamente la necesidad de contar con una mujer o con un hombre, como puede ser personajes dentro de una película, de una serie o de una obra de teatro. Esto no significa que, para ser actor se deba ser hombre o mujer necesariamente, sino para cubrir un determinado papel, en principio, es necesario contar una persona que pueda reunir las características propias del personaje, a fin de hacerlo más realista.

Otro ejemplo es la limitación no discriminatoria, es la que establecen nuestras normas que regulan la organización y actuación de nuestros organismos electorales, las cuales determinan, con una finalidad de transparencia, que las personas que laboran en ellos, no pueden pertenecer o haber pertenecido a una organización política en los últimos cuatro años.

Estas excepciones siempre se deben aplicar dentro de los límites legales y las decisiones que se adopten dentro de las empresas, deben encontrarse debidamente fundamentadas en razones objetivamente comprobables, a fin que no puedan ser consideradas como discriminatorias.

Regresando al tema de la discriminación, resulta necesario recordar el concepto contenido dentro del Artículo 2° de la Ley N° 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombre, norma que define la discriminación, al señalar:

“Artículo 2.- Del concepto de discriminación

Para los efectos de la presente Ley, se entiende por discriminación cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano.»

Dentro de ese ámbito, se debe recordar también que, una de las funciones primordiales del Derecho del Trabajo y, tal vez, una de las razones más importantes de su nacimiento y fortalecimiento, es el de eliminar las desigualdades, sea aquellas que nacen de la relación entre el empleador y los trabajadores, sean aquellas nacidas, de manera irregular, entre los trabajadores.

En el caso específico de la discriminación en materia laboral, no resulta importante saber cuál es la intención de la persona que discrimina ni tampoco quien lo hace, si es un trabajador, un representante del empleador, el empleador mismo o cualquier otra persona que pueda tener injerencia, directa o no, dentro del ámbito laboral. Lo determinante es verificar que existe un trato diferenciado sin una causa objetiva que lo sustente y que

genera daño a otro trabajador. Se debe recordar que lo que se proscribe no es propósito que se persigue, sino el perjuicio que se genera.

Muchos pueden aducir que, contratar personal solamente entre profesionales que hayan estudiado en universidades de prestigio, es una medida que busca la calidad al interno del centro de trabajo. Sin embargo, esto no es tan cierto pues, no solamente limita las posibilidades de un grupo de personas, por el hecho de haber estudiado en centros educativos relegados subjetivamente por el empleador, sin darles una oportunidad de demostrar sus cualidades profesionales; sino que, tampoco garantiza el fin perseguido, toda vez que haber estudiado en una determinada universidad no otorga necesariamente, un nivel profesional óptimo.

II. TIPOS DE DISCRIMINACIÓN

Oscar Ermida[6], la divide en:

II.1. Discriminación Directa e Indirecta.

Discriminación directa es aquella que se realiza de manera evidente y sin ningún tipo de barrera, por ejemplo, despedir u hostilizar a los trabajadores sindicalizados o, no contratar personal femenino, por el simple hecho de ser mujeres.

La discriminación indirecta, sin embargo, es aquella escondida, que no resulta evidente a simple vista, por ejemplo, incluir en los procesos de selección o promoción de personal, condiciones aparentemente neutras, pero que solo son poseídas por alguno(s) de los candidatos y no por otros, por ejemplo, como ya vimos previamente, el indicar que solamente se aceptarán a personas que hayan estudiado en una universidad “de prestigio”.

II.2. Discriminación por Afinidad o Proximidad*,*

Se genera en dos posibles escenarios:

a) cuando la discriminación no es contra el trabajador, pero sí contra su entorno (familiares cercanos, por ejemplo), no siendo él quien reúne la condición discriminatoria, pero si su entorno. Ejemplo, soy un empleador y organizo una reunión de navidad para los trabajadores de mi empresa y sus familias, pero le pido a uno de ellos que no lleve a su esposa, sustentado en que no se sentiría a gusto por ser de color, dado que, podría generar un tratamiento inadecuado por parte de sus compañeros;
b) cuando el motivo o causa de la discriminación no es propia del trabajador, aunque este la sufra. Normalmente, este se encuentra en alguna característica de

[6] ERMIDA URIARTE. Oscar. Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y no Discriminación en Soluciones Laborales N° 41 / mayo 2011.

su entorno cercano, como los familiares o amigos, pero el sufre las consecuencias. Ejemplo, la despido por que su esposo es dirigente político de una facción que no es la del empleador.

II.3. Discriminación Vertical y Horizontal

Esta es generada por el nivel jerárquico de la persona que realiza el acto de discriminación, En el primer caso, es el empleador o el personal que lo representa, el que discrimina. En el segundo supuesto, los actos de discriminación son realizados por los mismos trabajadores, compañeros de labor.

II.4. Discriminación por Acción o por Omisión

La acción es la fórmula regular de realizar una discriminación, se hacen actos directos contra una persona por sus cualidades propias. La omisión es menos común o, tal vez, menos evidente. Utilizando el ejemplo ya visto, es el caso de paralizar un proceso de selección por no haberse presentado personas con estudios en universidades “de prestigio” o por quedar dentro del proceso solamente mujeres.

III. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR GÉNERO?

Hemos hablado de discriminación de género, pero no hemos visto aún qué se entiende por género.

Desde el punto de vista sociológico, el concepto de género es un sistema de prácticas, símbolos, representaciones, normas y valores en torno a la diferencia sexual entre los seres humanos, lo cual regula las actuaciones entre mujeres y hombres, de tal forma que se establezca una línea jerárquica.

Por otro lado, la discriminación de género, en materia laboral, nace del simple hecho que un trabajador es hombre y la otra, mujer, utilizando dentro de esa diferenciación, premisas erradas, las mismas que se encuentran enraizadas dentro de nuestra sociedad, como comportamientos regulares, aunque en esencia, sean machistas en su origen mismo.

El concepto “género” se refiere a los distintos roles, responsabilidades, atributos, capacidades y espacios que la sociedad y la cultura asigna a las personas de acuerdo a su sexo biológico, dándose por hecho que el espacio público y el rol productivo es propio de los hombres, y el espacio privado y el rol reproductivo es propio de las mujeres.

> “El concepto de género nos ayuda a entender que lo que creemos características naturales de hombres y mujeres no se derivan del

> sexo de las personas, sino que son construidas culturalmente a través de las relaciones sociales y los mandatos culturales."[7]

Pero, ¿es solamente ese machismo el que genera por sí mismo, la discriminación entre sexos? Pasaremos a definir, de manera más detallada, cuáles se consideran como causas probables que fundamentan esta distinción.

Determinar las causas que las generan podría llevarnos a pensar en temas históricos, en actitudes machistas enquistadas dentro de nuestra sociedad, en visiones erradas de la mujer. Inclusive, se debe pensar en que la pobreza es una de las causas concomitantes de esta situación.

"En efecto, como ha sido ya ampliamente señalado, ello implica ir más allá del estudio de las mujeres y de la incorporación de la variable sexo en los análisis. Requiere la utilización de un concepto relacional que englobe las desigualdades económicas, socioculturales y de poder, entre hombres y mujeres, por un lado; y entre las propias mujeres y los propios hombres, por otro (Oliveira, 1996; Ariza y Oliveira, 1999).2 Se trata de un concepto multidimensional que articula aspectos de carácter socio-estructural y socio-simbólico e incluye tanto determinantes macro como microestructurales"[8]

Normalmente las raíces son las que deben ser atacadas de manera directa en cualquier problema a resolver, a fin que la solución sea definitiva. Sin embargo, no existe un estudio claro y definitivo de cuáles son las causas que generan esta distinción no deseada, presente en todos los países.

Como dijimos, algunos hablan de los roles que la sociedad a determinado como propios de las mujeres, otros hacen referencia a la idiosincrasia de las personas, a los niveles socioeconómicos, a los niveles educativos, entre otros múltiples factores.

Sin embargo, cuando vemos cómo se ha difundido esta figura y dónde se presenta, nos daremos cuenta que es en extremo democrática, pues abarca todos los estamentos de la sociedad, no solamente peruana, sino de cualquier país, con mayor o menor incidencia, por lo que, factores como la idiosincrasia, la educación o la economía, no resultan particularmente importantes.

El factor de roles históricos resulta más fácil de verificar a través del tiempo, determinado por una fórmula que siempre ha tenido éxito dentro de sociedades tribales o, inclusive, entre animales, la fuerza bruta se impone sobre cualquier razonamiento y, mientras ésta exista, difícilmente va a poder ser cuestionada.

---

[7] **Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.** Orientaciones para Transversalizar el enfoque de Género en las Políticas Públicas

[8] ARIZA, Marina. Contribuciones de la Perspectiva de Género a la Sociología de la Población en Latinoamérica**.** Instituto de Investigaciones Sociales. Universidad Nacional Autónoma de México.

Este juego de roles ha llevado a la mujer a tener un nivel educativo históricamente más bajo que el del hombre, llegando inclusive a asumir con resignación, tal situación como normal, limitándose a sí misma en sus propias aspiraciones.

Por otro lado, la sociedad en su conjunto, principalmente los hombres, han determinado qué tipo de labores deben ser mayormente desarrolladas por mujeres, hecho que también ya ha sido asumido como propio por gran parte de la masa laboral femenina, acrecentando de esa manera la permanencia de la brecha entre los sexos.

IV. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

ITALIA

La protección normativa en el caso italiano, llega hasta la misma Constitución, la cual, en su artículo 37°, determina que la mujer trabajadora tiene los mismos derechos que el hombre y, a igualdad de trabajo, las remuneraciones que éste percibe. Asimismo, el artículo 3° de ese texto normativo, prohíbe cualquier tipo de discriminación, hecho que se ve expresado también en el artículo 15° del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, existen marcadas diferencias entre hombres y mujeres dentro del mercado laboral. Acá algunas cifras al 2016:

1. 10´981.000 hombres se encontraban ocupados a tiempo completo en el 2016, de los cuales 7´651.000 eran dependientes y 3´330.000 eran sus propios empleadores.

2. En ese mismo período 5´695.000 mujeres se encontraban ocupadas a tiempo completo, de las cuales 4´500.000 eran dependientes y 1´194.000 eran independientes.

3. En caso de aquellos ocupados a tiempo parcial, en el mismo período 839.000 eran hombres y 2´511.000 eran mujeres.

4. La tasa de desocupación de los hombres era de 10.9% mientras que el de las mujeres era de 12.8%.

5. La retribución media anual per cápita es igual a 28.558 euros (31.394 para los hombres y 24.828 para las mujeres)

Esta es la relación de ingresos por año entre hombres y mujeres al año 2010, según fuente Istat, que es el Instituto de Estadística del Estado Italiano:

Actividad Económica	Hombre (En Euros por Año)	Mujer (En Euros por Año)
Industria	30.760	23.503
Construcción	25.693	25.397
Servicios orientados al mercado	31.303	22.619
Servicios sociales y personales	37.379	28.003

ESPAÑA

Un estudio realizado por la Universidad Complutense de Madrid, denominado "Análisis de algunas de las causas últimas de la desigualdad de género en el mercado laboral, Panorama Laboral 2013", claramente demuestra que la raíz de la distinción nace desde la elección de las carreras que eligen, sea los hombres que las mujeres, tanto en ámbito técnico, como en el profesional.

En este último supuesto, el estudio hace una comparación en el caso de estudios de ciencias y tecnologías y señala lo siguiente:

"Centrando la cuestión en el indicador de concentración, en la Comunidad de Madrid el **porcentaje de chicas que estudiaban el bachillerato de "ciencias y tecnología"** (respecto del total de chicas que estudiaban bachillerato), **era del 38,1%**, mientras que esta cifra era del **48,74% en el caso de los chicos** (es decir, la ratio mujer-varón era de 78,2). En el caso del resto de España el porcentaje de chicas que estudiaban el bachillerato de "ciencias y tecnología" era del 37,09% y el de chicos era el 50,06% (con una ratio mujer-varón algo menor: 74,1).

Esa menor cifra de chicas estudiando ciencias y tecnología se debe a que éstas están matriculadas en mayor medida (que los chicos) en la modalidad de "humanidades y ciencias sociales", pero también en las modalidades de "artes"."

Concluye que las carreras más feminizadas son las vinculadas con la pedagogía y con la educación infantil, el trabajo social, la sanidad y la psicología, mientras que las más masculinizadas son las ingenierías y la informática.

Las consecuencias de esto se expresan luego en las ocupaciones laborales que desarrollan. Existen algunas labores que tienen una alta incidencia de mano de obra femenina tal como la de "empleados domésticos":

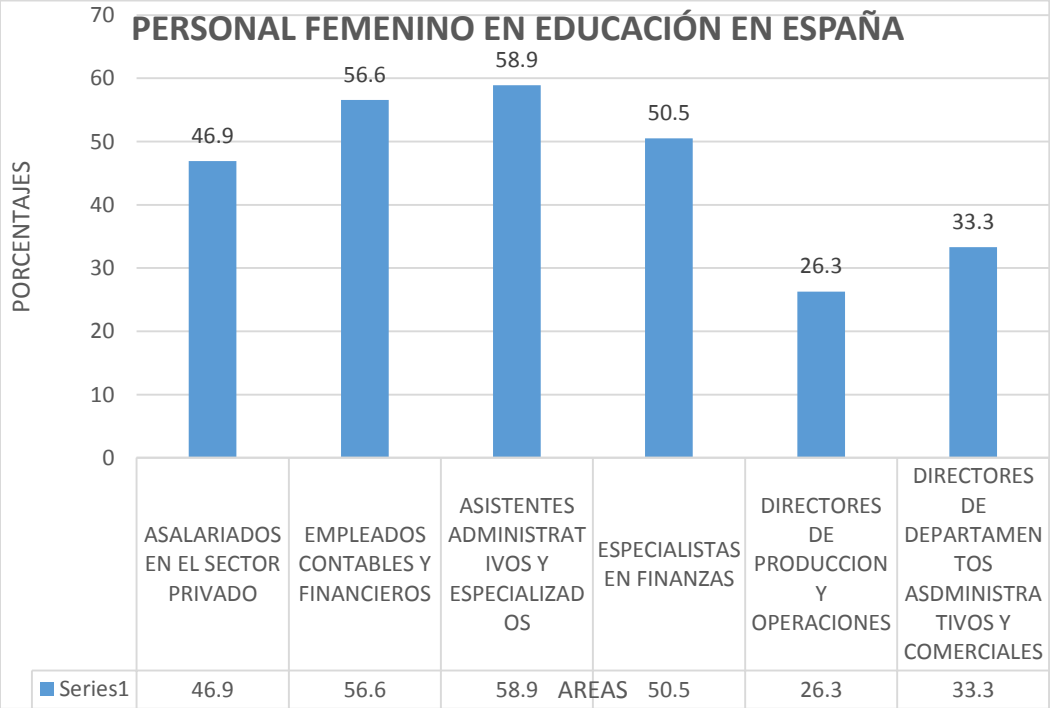
> "…con un porcentaje de mujeres en esa ocupación del 98,24%, y también con una alta concentración de mujeres en él (trabajaban

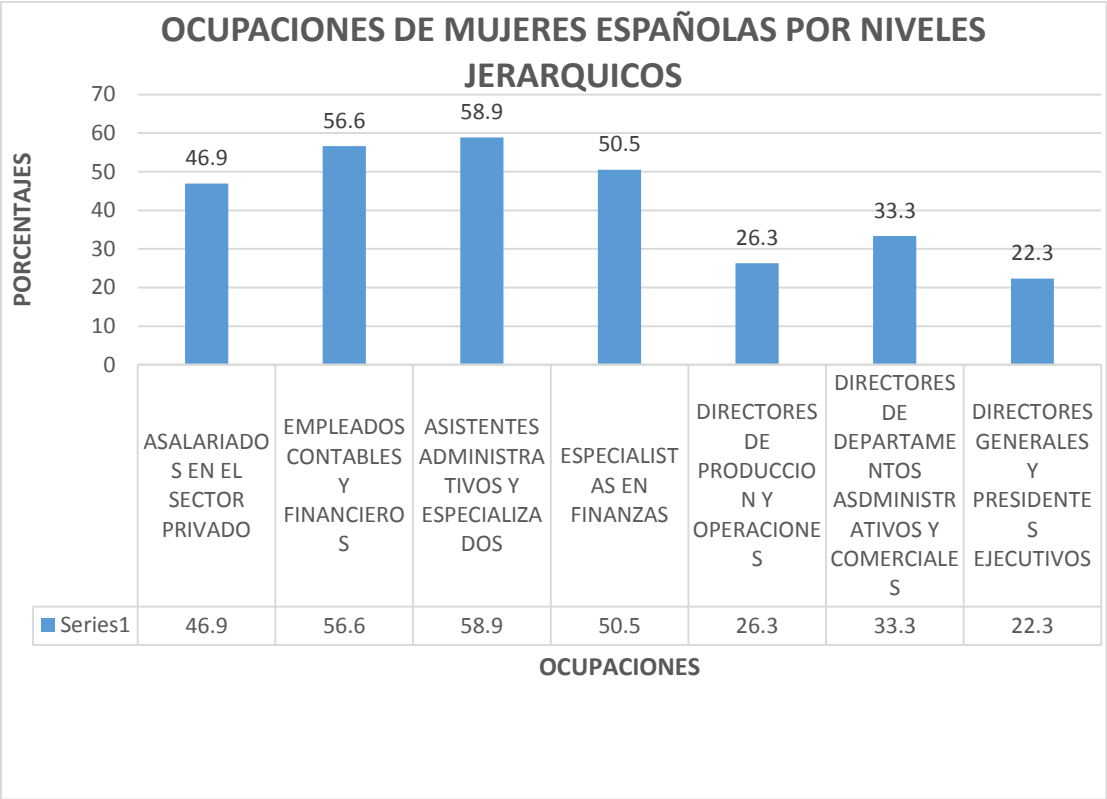
> como empleadas domésticas 105.095 mujeres, que suponían el 8,19% de todas las mujeres ocupadas).

Por su parte, algunas de las ocupaciones más masculinizadas son las relacionadas con la construcción, como “trabajadores en obras estructurales de construcción y afines” (con un 97,84% de varones); con la mecánica o con la conducción de vehículos, como “mecánicos y ajustadores de maquinaria” (97,75%), o “Conductores de vehículos para el transporte urbano o por carretera” (94,16%); con los servicios de protección, como “trabajadores de los servicios de protección y seguridad” (85,76%); pero también están masculinizadas algunas ocupaciones de estatus alto, como “profesionales de la ciencias físicas, químicas, matemáticas y de las ingenierías” (72,59%) o “directores de producción y operaciones” (68,11%).”

¿Cómo se refleja esto luego?, el mismo estudio lo detalla:

> “Como evidencia la figura, las mujeres representaban un 46,9% del total de las plantillas de las empresas del sector privado. La presencia de las mismas era mayoritaria en los puestos de nivel administrativo y de “profesionales de apoyo”; era aproximadamente del 50% en puestos de nivel intermedio, como “especialistas en finanzas”; y, sin embargo, se tornaba minoritaria al entrar en las ocupaciones ligadas a la dirección, hasta bajar a un 22,3% en el caso de “directores generales y presidentes ejecutivos” (recuérdese que en el caso de las grandes empresas que cotizan en la bolsa, el porcentaje de mujeres consejeras bajaba al 10,4% en 2011, según los datos de la CNMV).”





Estas diferencias se presentan también cuando se hace el análisis de las brechas salariales existentes entre hombre y mujeres:

Años	**2006-2007**	**2008**	**2009**	**2010**	**2011**
Brecha salarial	514 €	529 €	510 €	509 €	577 €
Salario medio de las Mujeres	1.592 €	1.687 €	1.744 €	1.717 €	1.625 €
Salario medio de las Mujeres sin discriminación	1.824 €	1.894 €	1.951 €	1.962 €	1.897 €

LATINOAMERICA

Resulta interesante analizar los datos que el Foro Económico Mundial publicó sobre brechas de género, en el año 2017.

BRECHAS DE GENERO EN LATINOAMERICA Y EL CARIBE

País	Clasificación General	Puntaje General
Nicaragua	6	0.814
Bolivia	17	0.758
Barbados	23	0.75
Cuba	25	0.745
Bahamas	27	0.743
Argentina	34	0.732
Colombia	36	0.731
Costa Rica	41	0.727
Ecuador	42	0.724
Panamá	43	0.722
Perú	48	0.719
Jamaica	51	0.717
Honduras	55	0.711
Uruguay	56	0.710
Venezuela	60	0.706
El Salvador	62	0.705
Chile	63	0.704
República Dominicana	70	0.697
Belice	79	0.692
México	81	0.692
Surinam	86	0.689
Brasil	90	0.684
Paraguay	96	0.678
Guatemala	110	0.667

Como se puede apreciar, las brechas de género se dan a nivel mundial, sin embargo, en Latino América contamos con ejemplos que resultan interesantes analizar, al menos desde el punto de vista de los datos fríos. A continuación, haremos un pequeño recuento de nuestra región.

MEXICO

De acuerdo con el Ranking antes mencionado, México se ubica en el puesto 81 de 144 países a nivel mundial, en cuanto a tratamiento equitativo por razón de género. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en el caso de México al cierre del año 2016, las mujeres ganaban 30% menos que los hombres. Mientras que los hombres reportaban un ingreso promedio de 6 mil 204 pesos mensuales, la cantidad que recibían las mujeres en el mismo periodo era en promedio de 4 mil 788 pesos. (18.55 pesos mexicanos por dólar).

Un dato interesante es que el 14.9% de todas las mujeres mayores de 15 años que laboran, les pidieron un certificado de ingravidez como requisito para ingresar al centro de trabajo según la Encuesta Nacional sobre Dinámica de las Relaciones en los Hogares 2011.

Por otro lado, la Encuesta Nacional sobre Discriminación 2010, arrojó que el 50% de las mujeres sentía que sus derechos no eran respetados. Asimismo, el 11.6% de las mujeres indicaron que han sufrido alguna práctica de acoso, abuso, maltrato o violencia y el 21.2% señala que la mayor discriminación la perciben dentro del ámbito laboral.

Cabe precisar que existen algunos datos que pueden dar referencias de los orígenes de estas distinciones:

1. Uno de cada cinco mexicanos considera que es natural que a las mujeres se les prohíban más cosas que a los hombres.

2. Casi el 15% opina que no hay que gastar tanto en la educación de las hijas porque luego se casan.

3. Uno de cada cuatro le pediría un examen de embarazo a una mujer al solicitar empleo

4. 21% opina que las mujeres tienen menos capacidad que los hombres para ejercer cargos importantes.

5. Prácticamente uno de cada cuatro mexicanos (as) está de acuerdo con que muchas mujeres son violadas porque provocan a los hombres

6. Nueve de cada diez mujeres en México (94.2%) opinan que sí hay discriminación contra las mujeres.

7. Los derechos que menos se respetan, según las mujeres, son tener un trabajo con pago justo, 64.4%; trato igual ante la ley, 62.9%; y, no ser sujetas de violencia 62.8%.[9]

[9] Fuente: Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México Mayo, 2005.

8. De las mujeres ocupadas, el 23.3% trabajan por cuenta propia, el 2.3% son empleadoras y el 7.5% no recibe remuneración por su trabajo.

9. Dos de cada tres mujeres ocupadas (66.9%) son subordinadas y remuneradas, de ellas, 37.7% no cuenta con acceso a servicios de salud como prestación laboral, 41.9% labora sin tener un contrato escrito, más de la tercera parte (33.8%) no cuenta con prestaciones laborales, solo una de cada dos trabajadoras subordinadas (55.2%) goza de vacaciones pagadas, 62.6% recibe aguinaldo y 16.9% reparto de utilidades.

10. Respecto a la duración de la jornada laboral más de la tercera parte (37.1%) de las mujeres de 15 y más años ocupadas, cumple jornadas semanales de entre 40 y 48 horas; 19.2% cumple una jornada de más de 48 horas por semana; 29.1% de 15 a 39 horas y 14.2% menos de 15 horas por semana.[10]

EL SALVADOR

Como vimos, en el ranking mundial, El Salvador se encuentra en el puesto 62 de 144 países. La Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples (EHPM) de 2016 revela que el ingreso promedio mensual de los hombres es $56.36 superior al de las mujeres. Los hombres en promedio perciben $326.92 mensuales y las mujeres $270.58,

En este país, del total de las mujeres en edad de trabajar, sólo el 47.3% desarrolla alguna actividad y el 52.7% no lo hace. En el caso de los hombres, el 80.1% trabaja y el 19.9% no lo hace.

Del 47.3%, el 94.7% se encuentra ocupada y del 80.1% de los hombres, el 91.9% está ocupado y no desempleado.

COSTA RICA

Aquí algunas estadísticas sobre este país, respecto del tema de discriminación por razón de género, comparando los períodos 2006 al 2017:

PERIODOS	2006		2017	
Categoría	Posición	Puntaje	Posición	Puntaje

[10] Fuente: Estadísticas a Propósito del Día Internacional de la Mujer – Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

General	30	0,69	41	0,73
Participación económica	89	0,52	104	0,62
Participación laboral	94	0,56	111	0,64
Igualdad salarial	70	0,61	109	0,55
Legisladores, y gerentes	42	0,41	17	0,70
Profesionales y técnicos	64	0,67	93	0,78
Educación	32	0,99	40	1,00

PERIODOS	**2006**		**2017**	
Categoría	**Posición**	**Puntaje**	**Posición**	**Puntaje**
Alfabetización	1	1,00	1	1,00
Salud	1	0,98	79	0,97
Empoderamiento político	15	0,28	27	0,31
Mujeres en el parlamento	2	0,63	27	0,54
Mujeres en puestos ministeriales	18	0,33	25	0,44
Años con presidente mujer	41	0,00	30	0,09

En cuanto a niveles de educación, los números son los siguientes:

	Hombres		**Mujeres**	
Nivel educativo	**2010**	**2017**	**2010**	**2017**
Primaria incompleta	10,8	8,9	14,4	15,2
Primaria completa	8,0	6,4	11,1	10,1
Secundaria incompleta	9,9	9,0	17,6	15,7

Secundaria completa	7,7	10,6	14,1	17,5
Universitario sin título	6,5	8,9	5,5	15,4
Universitario con título	3,7	3,3	4,5	6,8

Finalmente, esto se refleja también dentro de las estadísticas laborales por razón de sexo, en cuanto a la evolución del desempleo en dicho país, en el comparativo realizado entro los años 2010 y 2017:

DESEMPLEO EN COSTA RICA POR SEXO EN NUMEROS RELATIVOS				
AÑO DE MUESTRA	**HOMBRES**		**MUJERES**	
	GENERAL	**JOVENES**	**GENERAL**	**JOVENES**
2010	8.1	20.3	11.1	31.6
2017	7.5	19.3	12.3	27.8
Fuente Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Costa Rica				

CHILE

> "El número total de mujeres en Chile, en el año 2013, se estimaba en 8,942,185. De ellas, el grupo de edad de 15 años y más representaba 79.5%, conformando por la Población en Edad de Trabajar (PET) femenina. Según su situación laboral, el número de mujeres ocupadas correspondió a 45.2% del total de la PET, lo que equivale a 3,211,371 personas. La fuerza de trabajo femenina llego a representar 48.3% del total de mujeres en edad de trabajar, en cambio, el número de hombres que fueron parte de la fuerza de trabajo llegó a 72 por ciento."[11]

[11] Ramón Vivanco Muñoz y Soraya Espinoza Moraga. Igualdad de género y situación laboral de la mujer en Chile. Desafíos para la agenda gubernamental. revista de trabajo social UNAM.

Para ocupar cargos de Alta Dirección en las empresas, se prefiere a los hombres. Hasta el 2013, las mujeres no superaban el 10%, mientras que en la conformación de los directorios de empresas éstas no superaban 7%. En Chile, al año 2015, de los 331 directores de las 40 empresas que componen el IPSA (índice de la bolsa de valores de Santiago), solo 18 son mujeres (5,4%) (Comunidad Mujer, 2015).

Existe una brecha salarial de 26.3% entre hombres y mujeres que desempeñan una misma función en un mismo cargo de acuerdo con el Observatorio Social al año 2011. Esta brecha, a nivel nacional, era de 29,7%, al 2017, llegando, en la Región de Los Lagos, a 31,4%, superando el promedio nacional en 1,7 puntos porcentuales. En el presente año, la brecha es de 19,3%. Esta cifra, según el mismo Gobierno Chileno, varía dependiendo de loa ciclos económicos, pudiendo elevarse en épocas de auge de sectores económicos que tienen menor presencia laboral femenina.

También existe segregación por género en la formación profesional, pues las carreras relacionadas con la extensión del rol cultural de la mujer, el cuidado de otros, como es el caso de las carreras relacionadas con la salud y la educación, concentran la mayor cantidad de mujeres.

La mayoría de los empleadores (77%) y trabajadores por cuenta propia (59.3%) son hombres; mientras que son mujeres 97% de las trabajadoras de servicio doméstico y 70% de las ocupadas como familiares no remuneradas. El área de servicios es la más feminizada, casi 70% es mujer; por su parte, los oficios más masculinizados son las operaciones de instalaciones y máquinas en las que 93.5% son hombres.

Comparándolo con el resto de países de América del Sur, Chile es más desigual que países como Uruguay, Venezuela, Perú y Ecuador

PERÚ

Las mismas diferencias en cuanto a las profesiones técnicas que profesionales, con carreras feminizadas o masculinizadas, se presentan también en Chile, lo que repercute en ocupaciones segregadas entre hombres y mujeres. Se hizo un análisis dentro del Instituto de Seguridad Laboral de Chile, a fin de analizar qué cargos se encontraban con esa segregación y se pudo comprobar que, puestos como Directivos o abogados, se encontraban mayormente ocupados por hombres, mientras que las que trabajaban en plataforma o en atención a usuarios o secretarias, eran mayormente mujeres.

Para este trabajo se estableció que un puesto de trabajo será feminizado si 60% o más de quienes trabajan en éste son mujeres, al tiempo que será masculinizado si menos de 40% son mujeres. Y, por último, aquellos puestos de trabajo en el que trabajen entre 40% y 59,9% de mujeres serán considerados “neutros”.

La discriminación por género se presenta en diversas modalidades o momentos de la relación de trabajo. A menudo, solamente nos percatamos de las que se encuentran vinculadas al acceso a los centros de trabajo. Es decir, la posibilidad real que tienen las mujeres de encontrar un puesto de trabajo o de trabajar en aquello que realmente desean. Pero este acoso laboral no nace solamente en esta etapa ni se limita a ella.

Para poder entender la problemática en general, un primer momento es el que determina las posibilidades de acceso a los centros de trabajo, el cual está vinculado de primera mano, a la posibilidad real que tienen las mujeres de acceder a una educación de calidad.

"La educación, el desarrollo de las competencias, la formación profesional y el aprendizaje permanente eran importantes para crear una fuerza de trabajo competitiva. Las competencias constituían un elemento esencial para la creación de nuevas oportunidades a fin de que las mujeres tuviesen un mayor acceso al mundo del trabajo"[12]

En el Perú, de acuerdo con el Informe sobre Brechas de Género realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, en el año 2017, se concluye que el acceso a la educación secundaria es bastante similar, si vemos las participaciones entre hombre y mujeres.

Aquí algunas cifras al 2016:

1. A nivel nacional, la asistencia a la escuela primaria era de 91,5% en el caso de las niñas contra el 90,8% de los niños. En la secundaria, esta tendencia se invertía, siendo de 82,4% en el caso de las adolescentes y de 83,5% para los varones.

2. Al año 2016, el analfabetismo afectaba al 9,0% de las peruanas de 15 años a más, cifra superior tres veces a la de los hombres (2,9%). En el año 2006, esta cifra era de 13.8% para las mujeres y de 4.6% para los hombres. La desigualdad entre los sexos es especialmente crítica entre los que tienen como lengua materna, una lengua nativa. En ese supuesto, la brecha llega a 19,8 puntos porcentuales.

3. Según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en Sudamérica el Perú es el país con mayor deserción escolar a causa del embarazo adolescente. El 88.6% de madres adolescentes no asiste a algún centro educativo.

4. Al año 2016, el analfabetismo afecta a más de una quinta parte de mujeres de 15 y más años de edad de Apurímac, Huancavelica, Cajamarca y Huánuco. En los departamentos de Ayacucho, Cusco, Puno, Amazonas y Áncash, afecta entre el 18,7% y el 13,2% de mujeres.

[12] Sexto punto del orden del día: La igualdad de género como eje del trabajo decente (Discusión general). Informe de la Comisión de la Igualdad de Género. Conferencia Internacional del Trabajo. 98.a reunión, Ginebra, 2009. OIT.

La segunda variable del acceso está vinculada a la educación superior. Si bien no hay cifras de acceso a este nivel educativo, existen algunos porcentajes interesantes en nuestro país sobre el acceso al trabajo y las posibles ocupaciones reservadas socialmente para las mujeres:

1. El 36,4% de las mujeres lograron estudiar hasta secundaria, mientras que los hombres que tienen este nivel educativo, alcanza el 47,2%.

2. La mayor proporción de mujeres que trabajan, tienen educación superior no universitaria (16,0% de mujeres contra el 14,1% de hombres, respectivamente), de igual manera, en el caso de educación superior universitaria las mujeres superan a los hombres (16.7% contra el 16.4%).

3. Las ramas de actividad económica en las que se concentran el 66,6% de las mujeres peruanas son servicios (40,9%) y comercio (25,7%). La actividad de comercio, hoteles y restaurantes se constituye en una especie de “bolsa” en la que se concentra el sector informal de la economía y por tanto presenta condiciones precarias de trabajo. Por otro lado, el 8,6% de las mujeres trabajan en el sector manufactura.

4. Los hombres se concentran en las actividades de agricultura (27,0%), servicios (23,5%), transportes y comunicaciones (13,5%), comercio (12,5%), manufactura (10,2%) y construcción (10,4%). La agricultura dentro de la economía rural, ha sido una labor asignada tradicionalmente a los hombres, mientras que las mujeres en los hogares se dedican a oficios domésticos, crianza de animales y cuidado de los niños.

5. El 39,5% de las mujeres ocupadas son asalariadas, mientras los hombres en esta condición son el 52,3%.

6. El 2,5% de las mujeres son empleadoras y dirigen empresas de menor tamaño, concentradas en sectores de menor rentabilidad, mientras que los hombres empleadores representan el 5,8%.

7. En el 2016, sólo el 27,1% de las mujeres que trabajan estaban afiliadas a algún sistema de previsional de salud y/o de pensiones. En el caso de los hombres, el 40,2% cuenta con este beneficio, es decir, 13,1% mayor al presentado por las mujeres.

8. Si vemos las cifras de desempleo del año 2016, las mujeres del área urbana llegaban al 5.6% de la población, mientras que los hombres al 4.9%.

9. La mayoría de las mujeres que trabajan crean su propio empleo (35,7%) o son trabajadoras familiares no remuneradas (17,0%), hecho que genera menores ingresos o la no percepción de los mismos.

10. Al año 2016, las mujeres ganan en promedio 29,2% menos que los hombres. Uno de los motivos principales es porque las mujeres trabajan menos horas, por dedicarse a sus familias.

Si vemos de manera específica, el caso de Lima Metropolitana, podemos ver que el empleo adecuado disminuyó en los hombres en 2,0% (39 mil 200) y en las mujeres en 0,6% (6 mil 700). Del total de población con empleo adecuado, el 64,6% (1 millón 973 mil 200) son hombres y el 35,4% (1 millón 82 mil 400) mujeres.

Siempre dentro de ese ámbito territorial, la población subempleada se incrementó en 22,8% (49 mil 300) en los hombres y en 10,6% (34 mil 500) en las mujeres. Del total de población con subempleo visible, el 42,5% (265 mil 900) son hombres y el 57,5% (360 mil 400) son mujeres.

El siguiente cuadro la tasa de subempleo en Lima Metropolitana y su evolución:

Sexo	**Dic 16-Ene-Feb 17**	**Dic 17-Ene-Feb 18**	**variación absoluta (en miles)**	**variación relativa (%)**
Hombre	423,1	405,1	-18,0	-4,3
Mujer	737,9	743,4	5,5	0,7

- El desempleo tuvo una variación mayor, siempre dentro de Lima Metropolitana:

Sexo	Dic 16-Ene-Feb 17 (En miles de personas)	Dic 17-Ene-Feb 18 (En miles de personas)	variación absoluta (en miles)	variación relativa (%)
Hombre	201,4	200,0	-1,4	-0,7
Mujer	201,6	221,6	20,0	9,9

- En cuanto a ingresos, el cuadro es el siguiente:

Sexo	Dic 16-Ene-Feb 17 (en Soles)	Dic 17-Ene-Feb 18 (en Soles)	variación absoluta	variación relativa (%)
Hombre	1 909,9	1 894,5	-15,4	-0,8
Mujer	1 324,3	1 395,3	71,0	5,4

En el año 2017, el desempleo a nivel nacional era del 5% de la población, con una incidencia del 5.4%, en el caso de las mujeres, y del 4.8%, en el caso de los hombres. De cada 100 hombres en edad de trabajar, 82 se encuentran integrando la fuerza laboral, mientras las mujeres que participan en la actividad económica representan 64 de cada 100, existiendo una brecha de 18 hombres más que mujeres.

V. NORMAS APLICABLES EN EL PERÚ

Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)
Este es, tal vez, uno de los primeros documentos normativos de aplicación dentro del país, como norma interna, que determinó la necesidad de equiparar remuneraciones entre personas de distinto sexo, por trabajos de igual valor. Este fue ratificado por el Perú el 01 febrero 1960.

Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)
Este convenio obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto. Fue ratificado por el Perú el 10 agosto 1970.

Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156)
Obliga a incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. Fue ratificado por el Perú el 16 junio 1986.

Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183)
Obliga a adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se fuerce a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido como perjudicial para su salud o la de su hijo por autoridad competente, o respecto del cual se haya establecido que genera un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo. Fue ratificado por el Perú el 09 mayo 2016.

La Constitución de 1979, determinaba:

> **"Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho:
> (…)
> **2.-** A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma.
> El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón.
> **Artículo 42.-** El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social.
> (…)

> En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad.
> El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin disminución alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato.
>
> **Artículo 45.-** La ley determina las medidas de protección a la madre trabajadora."

Nuestra actual Constitución Política, en el inciso 2 del art. 2º y el inciso 1 del artículo 26° determinan que no se puede discriminar, sea cual fuere la causa, debiéndose otorgar igualdad de oportunidades a todos. Es decir, tiene un tratamiento normativo más genérico y menos protector que el texto constitucional de 1979.

Inclusive, en el artículo 191°, desde sus orígenes, determina que, en los Gobiernos Regionales, se debe hacer accesible la representación de género en los Consejos Regionales y Municipales.

Por su parte, el artículo 116° de la Ley Orgánica de Elecciones, Ley N° 26859, modificado por la Ley N° 27387, determina la necesidad de presentar las listas de candidatos al Congreso de la República, respetando una cuota de género equivalente al 30% de la misma.

El artículo 24° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Perú el 12 de julio de 1978, claramente determina que *«Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.»*

El año 1995 la República de Perú, suscribió los acuerdos de la Plataforma de Beijing concretando su compromiso con la erradicación de las controversias de género que se presentan a nivel nacional y de toda forma de discriminación por sexo. Como se señala en la Plataforma, los Estados expresaron su decisión de *"…promover los objetivos de igualdad, desarrollo y paz para todas las mujeres del mundo, en interés de toda la humanidad"* (ONU, 1995).

Este compromiso implicó en la incorporación del enfoque de género en las políticas públicas, marcando una diferencia sustancial en relación a los compromisos internacionales que buscaban la superación de barreras y obstáculos para la igualdad de género.

El Acuerdo Nacional, aprobado por todos los grupos políticos y representantes de la Sociedad Civil, contiene la Política de Estado N° 11 que determina lo siguiente:

> "Con este objetivo, el Estado: (a) combatirá toda forma de discriminación, promoviendo la igualdad de oportunidades; (b) fortalecerá la participación de las mujeres como sujetos sociales y políticos que dialogan y conciertan con el Estado y la sociedad civil; (c) fortalecerá una institución al más alto nivel del Estado en su rol rector de políticas y programas para la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, es decir, equidad de género; (d) dará acceso equitativo a las mujeres a recursos productivos y empleo; (e) desarrollará sistemas que permitan proteger a niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, mujeres responsables de hogar, personas desprovistas de sustento, personas con discapacidad y otras personas discriminadas o excluidas; y (f) promoverá y protegerá los derechos de los integrantes de las comunidades étnicas discriminadas, impulsando programas de desarrollo social que los favorezcan integralmente."

Un primer paso fue la creación de un Ministerio de la Mujer como ente rector en la materia. Un segundo hito fue la formulación de políticas públicas como el Plan de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres. El Primero de esos planes, tuvo vigencia entre los años 2000 al 2005 (aprobado por D.S. Nº 001-2000-PROMUDEH). El segundo fue implementado entre los años 2006-2010 aprobado por D. S. Nº 009-2005-MIMDES).

El tercero ha sido aprobado por Decreto Supremo Nº 004-2012-MIMP, para el período 2012-2017, es el instrumento de política a través del cual el Estado en los ámbitos nacional y regional, promueve y garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ya que contiene las medidas de política pública que se adoptarán para remover los obstáculos que impiden el pleno ejercicio del derecho a la igualdad.

Este nuevo plan, ha sido aprobado bajo el paraguas de la Ley N° 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, promulgada el 15 de marzo del 2007. Se busca con este plan, cambiar el enfoque a fin que el tratamiento busque la igualdad y no el tratamiento equitativo.

En muchos casos, como en la Ley Orgánica de Municipalidades, se otorga una protección especial a la mujer, incluyéndola dentro del mismo nivel que deben tener los niños, los adultos mayores o los discapacitados, cuando lo que se debería resaltar normativamente, es que ambos géneros deben participar por igual y tener el mismo tipo de derechos y de protección.

Desde el punto de vista laboral normativo, la discriminación y trato igualitario, se ha encontrado reconocido en varias normas. El D. S. N° 002-97-TR, TUO del D. Leg. N° 728, Ley de Formación y Promoción Laboral, en su artículo 1° hace referencia a que la

Política Nacional de Empleo debe promover un régimen de igualdad de oportunidades de empleo. Asimismo, el literal d) del artículo 29° del TUO del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D. S. N° 003-97-TR, hace referencia a que es nulo el despido generado por discriminación o por embarazo.

El Literal f) del artículo 30°de esa misma norma, determina que la hostilización laboral fundamentada en causales de discriminación, es equivalente a un despido y determina que se debe sancionar los actos de hostigamiento sexual. Asimismo, el Literal i) del artículo 25° determina que es falta grave este tipo de acciones realizadas por los representantes del empleador o quien ejerza autoridad sobre el trabajador, así como el cometido por un trabajador, sin interesar el nivel jerárquico de la persona hostilizada.

La Ley N° 26772, modificada por la Ley N° 27270, determina que la oferta de empleo y el acceso a centros de formación educativa no deben contener requisitos discriminatorios, que anulen o alteren la igualdad de oportunidades o de trato.

Esta última norma no solamente determina la aplicación de multas a quienes realicen este tipo de actos, sino que lo tipifica como delito. Luego de dos modificaciones (Ley N° 28867 y Ley N° 30096), la pena es de 2 a 3 años y hasta 4 si es un funcionario público.

Luego se emitió la Ley N° 28983, cuyo objeto fue *«…establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo a la plena igualdad.»*

Finalmente, llegamos a la Ley N° 30709, norma que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. Pero no sólo se limita a ello. Este dispositivo que, aparentemente, comete el mismo error de siempre de considerar igualdad de remuneraciones en trabajos iguales y no trabajos de igual valor, como menciona el Convenio 100 de la OIT, luego rectifica, al determinar que se deben establecer perfiles de puestos con características propias de cada uno. Esta situación se presentaba de siempre en el Estado y es recién incorporada dentro del ámbito privado como una obligación del empleador. Esto permite ser más transparentes en las normas de acceso al empleo, sin que puedan presentarse parámetros discriminatorios.

Adicionalmente, impide que una mujer embarazada o en lactancia, sea despedida o no se le renueve el contrato, como consecuencia de tal condición. La primera, como vimos, ya se encuentra contenida dentro del TUO aprobado por D. S. N° 003-97-TR. Sin embargo, la segunda es una novedad absoluta, generando la obligación de alargar el contrato modal hasta la conclusión del estado de gravidez o la lactancia. La pregunta es ¿qué pasa con los contratos que están por finalizar, por llegar al límite máximo de la vigencia permitida por la Ley?, ¿Se generaría una desnaturalización por mandato legal,

con repercusiones para la empresa? En este caso, el reglamento de la ley, aprobado por D. S. N° 002-2018-TR solamente hacen referencia a que, si desaparece la causal de contratación, no se aplica la limitación legal de continuidad de la relación laboral.

Por otro lado, el D. S. N° 005-2018-TR, determina que el Estado, a través del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL y de las Direcciones y/o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, realizarán campañas de sensibilización y capacitación en la aplicación de esta norma.

Finalmente, mediante la Resolución Ministerial Nº 243-2018-TR, se aprobó la "Guía que contiene las pautas referenciales que pueden ser utilizadas por la organización empleadora para evaluar puestos de trabajo y definir el cuadro de categorías y funciones", el modelo de cuadro de categorías y funciones y el contenido mínimo referencial de la política salarial. Esta contiene algunas estadísticas interesantes sobre el problema, así como los pasos que se deben seguir para establecer políticas remunerativas que impidan la discriminación por género.

VI. TEMAS JURISPRUDENCIALES EN EL PERÚ

Una primera jurisprudencia interesante a mencionar, es la emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC de fecha 26 de marzo de 2003, interpuesto por Construcción - CAPECO, contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en la cual, en el fundamento 3.2, referido a la igualdad ante la Ley y el concepto de diferenciación, señalando expresamente que:

"La idea de la igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos. El tratamiento desigual no será injustificado en tanto no se afecte dicha dignidad.

La diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, cuyo fin sea la consecución o aseguramiento de un bien o valor constitucional, o de un bien o valor constitucionalmente aceptable. Es decir, deberá asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con certeros juicios de valor generalmente aceptados. En ese sentido, no cabe hablar válidamente de un proceso diferenciador de trato, cuando éste se basa en supuestos de hecho o en situaciones subjetivas."

La sentencia recaída dentro del expediente N° 5652-2007-AA/TC, resulta aún más clara pues proscribe expresamente la posibilidad de generar tratamientos diferenciados entre hombres y mujeres, por razones subjetivas. El fundamento 17 de esta sentencia determina que:

> "La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad y es también un principio rector de la organización del Estado Social

> y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos y de los particulares"

Asimismo, el fundamento 18, concluye:

> "Cabe destacar que la no discriminación y la igualdad de trato son complementarias, siendo el reconocimiento de la igualdad el fundamento para que no haya un trato discriminatorio. De esta forma, la igualdad de las personas incluye: (i) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y (ii) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva."

Por otro lado, el fundamento 19 determina que*:*

> "El derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino sólo aquella que no está razonablemente justificada."

En el Expediente N° 2974-2010-PA/TC, nuevamente el Tribunal Constitucional desarrolla el concepto de igualdad, en sus fundamentos del 6 al 8, señalando lo siguiente:

> "6. En el ámbito constitucional el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (Hernández Martínez, María. «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)». En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N.° 81, Año XXVII, Nueva Serie, setiembre-diciembre, 1994. pp. 700-701).
>
> 7. Sin embargo la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se

> proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (Álvarez Conde, Enrique. Curso de derecho constitucional. Vol I. Madrid, Tecnos, 4° edición, 2003. pp. 324-325). La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual, por ello no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.
>
> 8. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable."

Por otro lado, la sentencia recaída en el expediente 2148-2010-PA/TC, en su quinto fundamento, señala como requisito para que un despido sea declarado nulo por tema de embarazo, el empleador debe conocer de esta calidad, de manera previa a la adopción de tal decisión. Esto claramente se lee del argumento contenido en el fundamento 5 de dicha sentencia, el cual señala que:

> *«5. Para declarar nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, lesivo del derecho a la no discriminación por razón de sexo, es menester la acreditación del previo conocimiento del estado de gestación por parte del empleador que despide o el requisito de la previa notificación de dicho estado por la trabajadora al empleador.»*

VII. POSIBLES FÓRMULAS DE SOLUCIÓN PROPUESTAS.

Dentro de los roles que se deben cumplir, existen obligaciones que son intrínsecas al Estado y que deben ser desarrolladas por éste. En un primer lugar, se debe otorgar un acceso total a la educación tanto a las mujeres como a los hombres, generando las posibilidades de contar, en cualquier tipo de ocupación, con personal de ambos sexos, sin limitaciones.

Asimismo, se debe elaborar una política de educación inclusiva que se vea reflejada en cursos obligatorios a desarrollar en cualquier tipo de entidad educativa de nivel básico, a fin de introducir criterios de tratamientos igualitarios.

Tener una política de difusión obligatoria, en medios de comunicación, públicos o privados, sobre valores vinculados a la igualdad entre los géneros, sin limitarse solamente a pasar noticias de violencia de género.

Establecer una serie de medidas de control sobre el cumplimiento de las medidas, así como procedimientos de determinación y de sanción real a quienes lo incumplan, teniendo presente que se persigue con ello, el bien de todos y la igualdad.

Finalmente, la Sociedad en su conjunto, debe asumir el compromiso de difundir estos valores dentro de su entorno familiar, buscando predicar con el ejemplo.

La Organización Internacional del Trabajo – OIT, en el Informe Volumen 2, sobre "Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo" del presente año 2018, ha recomendado hacer un Convenio que contenga, entre otros puntos lo siguiente:

> *"7. Todo Miembro que ratifique el convenio debería reconocer el derecho de toda persona a desempeñarse en un mundo del trabajo libre de violencia y acoso y adoptar, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, un enfoque inclusivo e integrado para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que comprenda:*
> *a) la prohibición por ley de todas las formas de violencia y acoso;*
> *b) la inclusión de la cuestión de la violencia y el acoso en las políticas aplicables;*
> *c) la adopción de una estrategia global de prevención de la violencia y el acoso;*
> *d) el establecimiento de mecanismos de control del cumplimiento y de seguimiento;*
> *e) el acceso a vías de recurso y de reparación y la prestación de apoyo a las víctimas;*
> *f) el establecimiento de sanciones, y*
> *g) la elaboración de herramientas y orientaciones y el desarrollo de la educación y la formación."*

Debemos recordar que dentro de una realidad como la nuestra, un conjunto de normas elaboradas en el sentido correcto, no es suficiente. Dentro del ámbito laboral, se debe necesariamente implementar mecanismos de control adecuados que permitan no solamente difundir las normas sobre esta materia, sino también fomentar, a través métodos de apoyo, el acceso a nuevos y mejores mercados, a aquellas empresas que

cumplan con esta normatividad; así como implementar sanciones reales a quienes las trasgredan.

Finalmente, cabe pensar que, cambiar la mentalidad de una sociedad, es difícil, mas no imposible, si realmente se quiere. Pero, dado que todos los que vivimos en ella, la conformamos, ese cambio depende también de nosotros, de nuestra participación activa, no solamente de aquello que pueda hacer el Estado. No se puede pretender desaparecer la discriminación solamente con discursos.

ESTABILIDAD REMUNERATIVA ANTE EL RETIRO DE CONFIANZA

COMENTARIOS A LA AFECTACIÓN DE REMUNERACIONES AL INTERIOR DE LA EMPRESA

CARLOS EDUARDO SACO CHIPANA*[1]

I. INTRODUCCIÓN

A través de la Ley N°30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, se dictan las disposiciones concretas para evitar la discriminación remunerativa en los centros laborales. Dentro de sus disposiciones, se exige cuadros de categorías y funciones, por lo cual los empleadores deben fijar las remuneraciones correspondientes a cada categoría sin existir tratos diferenciados, debiéndose informar a sus trabajadores el contenido de las políticas remunerativas. En ese contexto, de la revisión del artículo 26.1 de nuestra Constitución Política, señala como principio de las relaciones laborales la **igualdad de oportunidades sin discriminación** y que mediante la Ley N°28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, desde el 2007 se estableció el principio de **idéntica remuneración por trabajo de igual valor**, premisa recogida de disposiciones internacionales.

Sin embargo, en la práctica se puede apreciar circunstancias que ocasionan diferenciación de remuneraciones entre trabajadores de la misma categoría o que al desempeñar las mismas funciones, perciben salarios diferentes. Por excepción, como lo establece el artículo 6 del Decreto Supremo N°002-2018-TR, Reglamento de la Ley N°30709, los trabajadores pertenecientes a una misma categoría pueden percibir remuneraciones diferenciadas, cuando la distinción se justifica en criterios objetivos tales como la antigüedad en el centro de labores, el desempeño, la negociación colectiva, la escasez de oferta de mano de obra calificada para un puesto, el costo de vida, la experiencia laboral, el perfil académico o educativo, el desempeño, el lugar de trabajo, entre otros que sustente o motive la justificación. La citada norma indica que el empleador tiene la potestad de mantener, de ser el caso, la remuneración de un trabajador en un particular nivel o estatus cuando se produzca una modificación de la estructura salarial u

* Abogado por la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann de Tacna. Jefe de Gestión del Capital Humano en Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Tacna S.A.

organizacional, reclasificación, degradación o ajuste razonable, aunque el valor asignado al puesto de trabajo o categoría haya decrecido o el nuevo puesto de trabajo corresponda a una categoría de inferior nivel remunerativo.

Un caso particular, es el relacionado al personal de dirección o de confianza, que una vez ocurrido el retiro de confianza permanece laborando para el empleador. De conformidad al VII Pleno Jurisprudencial Supremo en materia laboral y previsional, se estableció los nuevos criterios interpretativos y que en el Punto IV el Pleno acordó por unanimidad el alcance de la indemnización por despido arbitrario de los trabajadores de dirección y de confianza. En ese contexto, ante el retiro de confianza de un trabajador que inicialmente desarrollaba funciones comunes u ordinarias, y que accedieron con posterioridad a un cargo de dirección o confianza se reincorpora a su antiguo puesto de trabajo, qué remuneración debe percibir. Por lo tanto, hoy en día se ha previsto que un trabajador de confianza o dirección que ha efectuado línea de carrera tendrá adecuada protección contra el despido arbitrario, correspondiendo el pago de una indemnización si una de las partes decide concluir con en vínculo laboral. En el marco de seguridad jurídica de la relación laboral, si se opta porque retorne al cargo ordinario anterior, el empleador no podrá dar por terminada la relación laboral sin que exista una causa objetiva, y luego por supuesto, de haber realizado el debido procedimiento respectivo. Siendo así, en el mismo marco de seguridad jurídica se puede afirmar que un trabajador de confianza o dirección tiene la protección de la acción unilateral y subjetiva del empleador de retirarle la confianza basándose únicamente en su decisión; pues, a efectos de otorgar la confianza al trabajador, no se ha tenido una voluntad sin justificación, sino que se ha generado a partir del desempeño del trabajador.

No es finalidad de la presente investigación dar respuesta final a esta disyuntiva, sino más bien brindar un alcance de las interpretaciones a la norma, así como dar una alternativa de opinión sobre la jurisprudencia actual para dar seguridad jurídica a esta materia.

II. DERECHO A LA REMUNERACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL PERUANO

II.1. Alcance del derecho a la remuneración como fundamento constitucional en el Ordenamiento Jurídico Laboral Peruano

Creemos por conveniente señalar una noción general de la relación laboral. Puede definirse al contrato de trabajo como el acuerdo de voluntades entre dos partes, una llamada empleador y otra parte denominada trabajador, mediante el cual éste se compromete a prestar sus servicios en forma personal, remunerada y subordinada a aquél. De acuerdo a la doctrina nacional, estamos ante un contrato por cuenta ajena remunerado y, por ello, los frutos o resultados de los servicios pertenecen al empleador y éste asume los riesgos del negocio (Toyama y Vinatea, 2013, p. 13). En tal sentido, existe una relación laboral cuando se presentan conjuntamente los tres elementos esenciales

del contrato de trabajo: **prestación personal del servicio, remuneración y subordinación**.

En el caso particular de la remuneración, como elemento del contrato de trabajo, el artículo 6 del Decreto Supremo N°003-97-TR, T.U.O. del Decreto Legislativo N°728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL), la define como:

> *Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.*

Conforme lo señala la doctrina a través de Tarazona y Valderrama (2018, p. 207), la remuneración presenta las siguientes características:

- **Es de carácter irrenunciable**, la remuneración tiene reconocimiento constitucional y legal, y por ende es un derecho que no puede dejar de percibirse pese a que obedezca a una declaración unilateral del trabajador. Asimismo, está proscrito toda forma de trabajo forzoso, por tanto, toda labor debe ser remunerada.
- **Es de carácter contraprestativo**, al ser la relación laboral de tracto sucesivo, la remuneración es la contraprestación prevista por el desempeño de las funciones y servicio desarrollado por el trabajador.
- **Es de libre disposición para el trabajador**, solo éste puede decidir el destino que le brinde a la remuneración abonada, sea en dinero o en especie.
- **Es de naturaleza alimentaria**, por cuanto debe procurar la manutención del trabajador y su familia, la cual debe ser equitativa y suficiente para su bienestar.
- **Es de prioridad en el pago**, por cuanto los pagos de adeudos laborales tienen preferencia respecto de otras deudas del empleador.

Podemos concluir que la remuneración, permite al trabajador percibirla como contraprestación por sus servicios a través de una serie de conceptos (dinero, especie o servicios), lo que conlleva que las estructuras salariales puedan hacerse más complejas y respondan tanto a las necesidades del trabajador como a las posibilidades del empleador[2].

II.2. Contenido constitucional de la remuneración

[2] Cfr. AA/VV. (2016) Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 25 ensayos que analizan la reforma laboral individual. (1° ed.), Lima, Gaceta Jurídica, p.77.

El artículo 24 de la Constitución, señala en su primer párrafo como derecho primordial del trabajador, que éste tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. A criterio del Tribunal Constitucional (en adelante TC), en su Sentencia recaída en el Expediente N°0020-2012-PI/TC, en su fundamento 16 expone los elementos del contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración:

- Acceso, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución).
- No privación arbitraria como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justa.
- Prioritario, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución).
- Equidad, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).
- Suficiencia, por constituir el quantum mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).

Consideramos oportuno citar a Sarzo Tamayo (2012, p. 12) al señalar que el derecho a la remuneración es también un derecho humano:

> *En primer lugar, porque resulta una expresión concreta de la dignidad humana: la dignidad de la persona en tanto trabajador. Y es que el reconocimiento del derecho a la remuneración en el artículo 24 de la Constitución tiene como finalidad esencial garantizar al trabajador y a su familia una vida acorde con aquella. Por esto, dicha norma exige que la remuneración sea suficiente y equitativa, de tal manera que pueda procurar bienestar material y espiritual al trabajador y sus dependientes.*
>
> *En segundo lugar, porque el derecho a la remuneración se encuentra positivado en importantes instrumentos internacionales vinculantes para el Perú. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce al trabajador el derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, a él y a su familia, una existencia digna. En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, agregando que los trabajadores tienen derecho a una remuneración igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie.*
>
> *De similar forma, a través del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos*

> *Económicos, Sociales y Culturales, los Estados parte (entre ellos el peruano) se comprometieron a garantizar en sus legislaciones nacionales una remuneración digna, decorosa, equitativa e igual sin ninguna distinción (esto último, si se trata de un trabajo igual).*

Si recurrimos a la normativa supranacional, el Convenio N°100 de la Organización Internacional del Trabajo, que se encuentra ratificado por nuestro país, establece como remuneración todo aquel salario o sueldo o emolumento que percibe el trabajador en forma directa o indirecta, sea en especie o en dinero, a cambio del servicio prestado. Podemos concluir que la remuneración es un derecho fundamental, que fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, que posee naturaleza alimentaria acorde a los principios a la igualdad y la dignidad de la persona (Cfr. Fundamento 6 de la STC N°4922-2007-PA/TC).

La remuneración concebida como la contraprestación por el servicio prestado a un empleador se encuentra establecido en el desarrollo de la relación laboral. Es importante detallar que el TC mediante su pronunciamiento recaído en el Expediente N°009-2004-AA/TC, desarrolla los alcances del convenio de reducción de remuneraciones. Referente a ello, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizado expresamente por la Ley N°9463, del 17 de diciembre de 1941 y que la cual a la fecha se mantiene vigente, ello siempre que medie autorización expresa del trabajador.

III. LAS FACULTADES DEL EMPLEADOR EN LA RELACIÓN LABORAL

III.1. Facultades del empleador frente al trabajador

En el acápite anterior, desarrollamos puntualmente los alcances de la remuneración, como elemento de la relación laboral. A continuación desarrollaremos brevemente, los otros 2 elementos esenciales del contrato de trabajo.

La **prestación personal de servicios**, es concebida como la puesta a disposición del trabajador para el desarrollo de sus funciones asignadas. Como lo señala Dolorier Torres (2010), los servicios de naturaleza laboral son prestados en forma personal y directa por el trabajador, como persona natural.

En el caso de la **subordinación**, consideramos pertinente indicar que es el elemento característico de la relación laboral, por el cual, el trabajador presta sus servicios bajo la dirección del empleador. Como lo indica Dolorier Torres (2010), este elemento resulta fundamental para calificar una relación como laboral, a fin de diferenciarla de otras prestaciones de servicios reconocidas en nuestro ordenamiento.

De acuerdo a nuestra legislación laboral vigente, las manifestaciones de dirección del empleador en la relación laboral y sus derivaciones de éste, nacen como un poder particular reconocido legalmente para adecuar la labor de los trabajadores a los fines y

necesidades de la acción productiva de la empresa. Para ello, desarrollaremos las 3 principales facultades reconocidas al empleador como manifestación de la subordinación jurídica:

a. **Poder de dirección**[3]
   Llamado también **facultad reglamentaria o direccional**; el empleador cuenta con las facultades de dirección y reglamentación de las labores del trabajador. Ello tiene su manifestación expresa en el *ius variandi*, el cual desarrollaremos más adelante.

b. **Poder de supervisión**
   Denominado también **facultad fiscalizadora o supervisora**. Por esta facultad, el empleador dicta órdenes necesarias para la ejecución de los servicios, así como verifica el cumplimiento de tales directrices. Ahora bien, dicha supervisión debe ser en marco razonable y proporcional que no conlleve afectar la dignidad del trabajador ni su salud.

c. **Poder de sanción**
   Se le conoce como **facultad disciplinaria o sancionadora**; el empleador puede sancionar disciplinariamente al trabajador bajo los preceptos de motivación de sus decisiones, inmediatez, razonabilidad y proporcionalidad, y que en la práctica común, las medidas disciplinarias que impone el empleador pueden ser amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión sin goce de remuneraciones y el despido. Cabe resaltar que en la tramitación de las sanciones, debe preverse todas las garantías constitucionales que dan contenido al debido proceso, derecho constitucional que también ha sido reconocido a los trabajadores.

III.2. La modificación de las condiciones laborales[4]

---

[3] Conforme lo señala Toyama Miyagusuku, el empleador tiene la facultad de dirección, que presenta 3 características generales: 1) es intuito personae, es decir es indelegable y no se puede subrogar a otro, 2) es complejo, por cuanto tiene aspectos múltiples en el desarrollo de la relación laboral, factores relacionados a la propia empresa y las modalidades contractuales con los trabajadores, 3) no requiere de especialización por la persona que lo ostenta, siendo netamente un poder jurídico otorgado para ostentarlo (Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2015) El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico. (1ª ed.) Gaceta Jurídica S.A., Lima). Sugerimos un ensayo acorde a las nuevas tendencias del poder de dirección del empleador en: ALARCÓN, Magaly, CADILLO, CASTAÑEDA, Elvira et al. (2016) "*Nuevas formas de ejercer el poder de dirección. Cambios en la regulación del ius variandi*". En "Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 25 ensayos que analizan la Reforma Laboral Individual". (1ª ed.) Gaceta Jurídica S.A., Lima, pp. 47-66.

[4] Las condiciones de trabajo en sentido amplio son todos los aspectos del entorno de trabajo como la remuneración económica, los servicios sociales, la calidad, la seguridad, la limpieza de la infraestructura, entre otros factores que inciden en el bienestar y la salud de los trabajadores. De forma más restringida, se define como los egresos que el empleador asume y entrega a sus trabajadores, ya sean otorgados a través de dinero o en especie (bienes y servicios), para el cabal desempeño de sus labores (CÁCERES, J.; DÍAZ, K.; NAVARRETE, A.; TOVALINO, F.;

Las modificaciones a las condiciones laborales por parte del empleador encuentran su reconocimiento en el denominado *ius variandi*, que no es más que el poder reconocido al empleador jurídicamente, para variar en forma unilateral pero no sustancialmente, las estipulaciones iniciales del contrato de trabajo, sin que las mismas afecten en forma radical y arbitraria los derechos reconocidos laboralmente[5]. En tales supuestos se encuentran las movilidades funcionales y geográficas, los cambios de horarios entre otras. Como lo señala la doctrina nacional y nuestra legislación, tales modificaciones deben sustentarse en criterios de razonabilidad y se sustenten en las necesidades de la empresa.

En lo concerniente a la denominada movilidad funcional, ésta constituye al cambio de posición del trabajador respecto a sus funciones a desarrollar dentro del ámbito laboral (puede ser una rotación de cargo, sea ascendente o descendente, movilidad geográfica o encargaturas a cargos superiores). Al respecto, la jurisprudencia ha establecido lo siguiente en la Casación N°1932-98-Lima:

> *(…) la estructura organizativa de una empresa responde a las actividades, objetivos, funciones, número de trabajadores y otros factores (...) la disminución en la categoría como acto de hostilidad no se determina en función de la variación de la remuneración efectiva percibida con la que aparece en la nueva estructura para el cargo reasignado, sino en la carencia de una motivación de la disminución de la categoría causándole perjuicio al trabajador*.

Consideramos que, el retiro de confianza es una expresión natural de una movilidad funcional descendente y que el primer cambio sustancial es la reducción de la categoría. Resulta conveniente señalar que cuando el empleador rebasa los criterios de razonabilidad y se supere las necesidades de la empresa encubriéndose la acción de causar perjuicio al trabajador, nos encontramos ante los actos de hostilidad. Éstos pueden definirse como las acciones o medidas adoptadas por empleador que vulneran los derechos laborales del trabajo y que tienen como finalidad causarles perjuicio, encontrándose tipificados en el artículo 30 de la LPCL[6]. En conclusión, tales

---

VALDERRAMA, L. (2016) *"Diccionario del Régimen Laboral Peruano. Enfoque normativo, doctrinario y jurisprudencial"*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 99).

[5] En estos aspectos, coincidimos con la opinión de Haro Carranza al señalar que: "La alteración del contrato consiste en el cambio sustancial introducido unilateralmente por una de las partes: al no existir consentimiento y rebasar los límites del *ius variandi*, constituye un incumplimiento contractual, una alteración ilícita del contrato. Por supuesto que en ésta como en otras tantas situaciones, existen casos claros que se califican fácilmente como ejercicio lícito del *ius variandi* (un pequeño cambio de horario, impuesto por necesidades reales de la empresa, que no causa perjuicio alguno al trabajador), o como alteración ilícitas del contrato (disminución del salario) y otros "casos límites", ubicados en "zonas grises" de catalogación verdaderamente dificultosa". (HARO, J. (2016) *Derecho del Trabajo I*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, p. 291).

[6] El artículo 30 de la LPCL establece los supuestos en los cuales el empleador incurre en actos de hostilidad: "Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

manifestaciones se constituyen en incumplimientos de las obligaciones asumidas por el empleador en el marco del contrato de trabajo.

IV. EL RETIRO DE CONFIANZA. TRATAMIENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Si bien es cierto nuestra legislación laboral no ha establecido una clasificación expresa de la condición de los trabajadores en el desempeño de sus funciones, de la lectura del artículo 43° de la LPCL, se puede desprender las siguientes categorías de trabajadores:

1. **Trabajadores de labores ordinarias o comunes**, es aquel personal que desarrolla funciones simples y que se encuentran previstas en la organización de la empresa, pudiéndose principales o complementarias de acuerdo al giro de negocio. Aquí no califica personal que sea categorizado como trabajador de dirección o de confianza.
2. **Trabajadores de confianza propiamente dichos**, son aquellos trabajadores que laboran en contacto directo con el empleador o con el personal designado de dirección, teniendo accesos a secretos industriales, comerciales o profesionales y en general, a información reservada o confidencial del empleador. Pueden calificar como personal de confianza aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de decisiones del empleador.
3. **Trabajadores de dirección**, es el personal que ejerce la representación general del empleador frente a los demás trabajadores o terceros, o que lo sustituyen o que comparte las funciones de administración y control. También califican en tal categoría, aquellos de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

---

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 aquél 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, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;
g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador;
h) La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad.
El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.
Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la Ley sobre la materia".

Una vez conocida la distinción conceptual de las categorías de trabajadores que de forma metodológica ha sido expuesta para los fines de este trabajo, el empleador debe proceder a la calificación del trabajador de dirección o de confianza, debiendo observar el siguiente procedimiento:

1. Deberá identificar y determinar los puestos de dirección y de confianza de la empresa. Para ello, en la práctica tales cargos son previsto en el Reglamento Interno de Trabajo y las normativas internas que regulan los procesos productivos y los manuales de organización y funciones del personal.
2. Seguidamente, comunicará formalmente a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección o de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales.
3. Posteriormente consignará en la planilla electrónica y boletas de pago la calificación correspondiente.

La formalidad expuesta precedentemente es de observancia para el empleador, ello con la finalidad de calificar los cargos de dirección o de confianza. Sin embargo, de no observarse tal formalismo, de acreditarse dicha condición no deja sin efecto la designación. De igual forma, el trabajador que considere que su cargo ha sido calificado indebidamente, puede recurrir a la sede judicial para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los 30 días naturales siguientes a la comunicación efectuada por su empleador.

Recientemente en el mes de septiembre fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, estableciendo 4 nuevos criterios. En uno de ellos, la Corte Suprema ha definido los derechos del trabajador de confianza ante su despido, tanto en el ámbito público como privado. Consideramos particularmente que este es el principal acuerdo del VII Pleno Supremo Laboral[7] y que ha conllevado a diversos comentarios.

---

[7] El VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, ha establecido por Unanimidad como Cuarto Criterio Interpretativo, lo siguiente:

"En el caso de trabajadores de dirección o de confianza de empresas y/o instituciones del sector privado:

- Aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les retire la confianza.
- Aquellos trabajadores que ingresaron inicialmente a un cargo en el que realizaban funciones comunes u ordinarias, y que accedieron con posterioridad a un cargo de confianza o dirección dentro de la misma empresa o institución privada, les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego de retirada la confianza; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo.

En el caso de los trabajadores de dirección o de confianza de entidades públicas, la designación establecida en el artículo 43° del TUO del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR, se realiza en el marco de políticas públicas regulado por la Ley N°28175, por lo que el retiro de la confianza o la remoción de dicho cargo no genera indemnización alguna para aquellos trabajadores que fueron designados directamente a un cargo de confianza o de dirección.

Nos planteamos el caso expreso, y que es comúnmente presentado en la práctica laboral, que al efectuarse el retiro de confianza a un trabajador calificado como de dirección o de confianza, valga la redundancia, retorna a su cargo desempeñado con anterioridad. Es decir, procede a reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego de retirada la confianza. En ese contexto, para el caso particular que nos atañe evaluar, nos remitimos a lo señalado por el TC en su sentencia recaída en el Expediente N°03501-2006-PA/TC, señalando:

> (…) De forma que si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y luego es promocionado, luego al retirársele la confianza depositada, retornaría a realizar las labores anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución.

Siguiendo esta línea de análisis podemos determinar que en la realidad existen dos modos diferenciados de acceder a un cargo de confianza: (i) mediante el ingreso directo a un cargo de confianza dentro de la empresa; y, (ii) mediante el ingreso a la empresa en un cargo común el cual fuera posteriormente variado mediante el ascenso a un puesto de confianza (línea de carrera). En ese sentido, las consecuencias de perder la confianza serán diferentes en uno u otro caso, como procedemos a exponer:

a. Para un trabajador que desde el inicio de sus funciones se desempeñó como trabajador de confianza, la pérdida de esta característica principal en su puesto de trabajo conllevaría a la extinción de su vínculo laboral pues la confianza fue la que ocasionó su contratación; o,
b. Para un trabajador que, mediante línea de carrera, ascendió de un puesto común a un cargo de confianza, en ese caso el retiro de la confianza tiene como consecuencia el retorno al puesto de origen. Sin embargo, el VII Pleno Jurisdiccional establece como regla que corresponderá el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador le impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego de retirada la confianza; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo cargo.

Mientras que en el caso de los trabajadores de dirección o de confianza de empresas del Estado, la designación establecida en el artículo 43° del TUO del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR, no genera derecho a indemnización alguna para aquellos trabajadores que fueron designados directamente a un cargo de confianza o de dirección, y a los cuales posteriormente se les retire la confianza o se les remueva de dicho cargo.
En el caso de los trabajadores que han venido desarrollando labores comunes u ordinarias y luego son promovidos a cargos de dirección o de confianza, dentro de las mismas entidades públicas o empresas del Estado en las que trabajan, una vez que se les retire la confianza o sean removidos de dichos cargos, les corresponderá el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo".

A continuación, y luego de haberse planteado los alcances sobre la remuneración con reconocimiento constitucional y la categoría de personal de dirección o de confianza, cabe preguntarnos: ¿qué tratamiento corresponde dar en el aspecto remunerativo, a un trabajador que al haberse retirado la confianza, ambas partes acuerdan que retorne a su cargo anteriormente desempeñado sin poner fin al vínculo laboral? Es pertinente analizar si deberá mantener la remuneración del cargo de dirección o de confianza que mantenía justificándose una distinción remunerativa para sus pares o es justificable la reducción de remuneraciones, invocando que son funciones ordinarias que impliquen menor responsabilidad y en aras de respetar el principio de a igual trabajo igual remuneración.

V. LA ESTABILIDAD REMUNERATIVA ANTE EL RETIRO DE CONFIANZA ¿ES JUSTIFICABLE LA REDUCCIÓN DE REMUNERACIÓN?

Para dar respuesta a la interrogante formulada, es pertinente establecer el caso particular de aquellos trabajadores que por promoción interna o a través de concurso interno o por designación unilateral del empleador, han sido promovidos a un cargo de dirección o de confianza calificados como tales. Queda claro y sin mediar duda, que al ser promovidos o considerados en dichos cargos, el empleador ha procedido a modificar las condiciones iniciales del contrato de trabajo (manifestando el ius variandi) y por ende, el trabajador adquiere un nuevo status laboral al corresponderle una nueva remuneración asignada y una nueva categoría en la estructura salarial. Siendo ello así, podemos concluir preliminarmente que tal designación no puede considerarse como de carácter temporal, toda vez que no se trata de una encargatura, por citar un ejemplo, sino de una calificación del nuevo cargo designado. Un punto importante a considerar: en la práctica, la preocupación del trabajador o empleador no nace por la reducción de categoría, sino en mantener la remuneración. Para el primero considerarlo como un derecho adquirido, para el segundo representa un costo laboral.

Debemos en primer término, tomar conocimiento del contexto del artículo 30 inciso b de la LPCL, el cual establece que constituye un acto de hostilidad la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría. Para ser considerado como tal, debe de carecer necesariamente de una motivación objetiva o legal. Conforme lo ha señalado la doctrina[8], al evaluar el pronunciamiento del TC recaído en el Expediente N°0020-2012-PI/TC, respecto al proceso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley N°29944, Ley de Reforma Magisterial:

> "Si la causa es objetiva, la reducción inmotivada no es considerada un acto de hostilidad equiparable al despido, no obstante, ello no quiere decir que la reducción sea legal, por el contrario, en este caso sigue siendo ilegal y en consecuencia susceptible de impugnación. Existiría un incumplimiento por parte del empleador

[8] En AA/VV (2016) "Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 25 ensayos que analizan la Reforma Laboral Individual" (1° ed.), Gaceta Jurídica S.A., Lima, p. 64.

> en el pago de la remuneración por lo que el trabajador podría demandar el pago completo más los intereses.
> (…)
> Ahora bien, si la causa es legal, es decir, si existe una intervención legislativa la situación es distinta, pues podría admitirse su afectación ante casos absolutamente extraordinarios, cuando la finalidad esté dirigida a proteger otros derechos fundamentales, cumpla con criterios de razonabilidad, proporcionalidad, idoneidad, necesidad, y además constituyan medidas temporales. Ello, por cuanto, los derechos fundamentales encuentran su límite en otros derechos fundamentales."

Evaluando el tema, podemos advertir dos alternativas para el tratamiento de remuneraciones del personal que ha sufrido el retiro de confianza: justificar que el trabajador mantenga su remuneración, o justificar la reducción de la remuneración al trabajador reconociéndole aquella del cargo ordinario que desempeñará.

a. Justificación de mantener la remuneración al trabajador

Para tomar conocimiento del contexto de cómo un trabajador asume el cargo de dirección o de confianza citamos el artículo 44 de la LPCL, al señalar que **en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación**, siendo que a partir de ello, se puede concluir con claridad que en la promoción o designación no se permite el abuso del derecho como tampoco está permitido en la reducción del salario, lo cual afecta considerablemente el proyecto de vida y el status social adquirido por el trabajador.

Deseamos iniciar este comentario, citando la justificación razonable de un trato diferenciado, que fue abordado por la Intendencia de Lima Metropolitana de Sunafil en su Resolución de Intendencia N°563-2015-SUNAFIL/ILM, al señalar que:

> "No obstante lo expuesto, tanto la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden implicar trato diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario. El derecho a la igualdad no importa que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación, sino solo aquella [que] no está razonablemente justificada."

Por tanto, consideramos que existe una justificación legal que autoriza que el empleador, una vez retirada la confianza a un trabajador mantenga la remuneración que

percibía cuando desempeñaba dicho cargo y no la del cargo ordinario que desempeñará, toda vez que existirá un trato diferenciado justificado y que no tendría el por qué fraccionar la equidad remunerativa interna de la organización. Es importante destacar que a través de la Casación N°3636-2010-CUSCO, respecto a la rebaja inmotivada de la remuneración la Corte Suprema de Justicia señala que:

i) es jurídicamente válido aplicar la prohibición legal de reducción inmotivada de remuneraciones consagrada en el inciso b) del artículo 30 de la LPCL, a los trabajadores de confianza, pues no existe razón jurídica para su exclusión al no existir norma que determine ello (principio de legalidad);
ii) a este tipo de trabajadores de "confianza" –utilizando el término genérico que abarca a los trabajadores de confianza propiamente dicho y a los trabajadores de dirección– también les resulta aplicable conforme lo exige la Ley Nº 9463, que medie acuerdo expreso e indubitable respecto de la reducción de la remuneración, no siendo posible admitir la misma, si se origina en la decisión unilateral e inmotivada del empleador; y;
iii) el contexto mismo de las circunstancias que rodean a este tipo de trabajadores, como el tiempo que dura la designación, y atendiendo a la conexidad existente entre el derecho a la remuneración equitativa y el principio – derecho a la dignidad de la persona, hace que el quantum remunerativo adquiera una importancia significativa para alcanzar los fines de la remuneración previstos en nuestra norma constitucional, cual es, lograr el bienestar material y espiritual del trabajador.

En la misma Sentencia, en el fundamento vigésimo quinto la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

> ***(…) no constituye razón válida para dispensar un trato remunerativo diferenciado al demandante, el haberlo retirarlo (sic) del cargo de confianza que venía desarrollando, pues la tesis de la asunción de distinto cargo –e indirectamente distintas funciones–, desconoce abiertamente no solo el derecho del trabajador de que su remuneración no sea disminuida inmotivadamente, cuya base es constitucional y supranacional; sino que también, desconoce el carácter social del salario****.*

Siguiendo la línea establecida en el pronunciamiento citado, este sirve para designar a todos los componentes de la remuneración que no tienen origen contraprestativo y que implican que el trabajador se obliga a realizar su prestación para obtener los medios necesarios para satisfacer sus necesidades, dado que, la remuneración tiene una doble función: retribuir el servicio prestado y sustentar al trabajador y su familia. Es este el contexto en que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 6º de la LPCL. Y ello es así por cuanto la facultad del empleador para modificar las condiciones de trabajo tiene límites, es decir, no es absoluto, pues dicha libertad se encuentra regulada en los principios de progresividad de las remuneraciones, protección e irrenunciabilidad de los derechos laborales. De tal sentencia se nos presenta los

requisitos del test de razonabilidad: ningún acto dentro del sistema de personal debe afectar la integridad de la remuneración del trabajador; en tal horizonte, se establece que toda medida del empleador que busque modificar las condiciones de trabajo, debe superar el test de razonabilidad, es decir, las medidas adoptadas, deben ser razonables, objetivas, proporcionales y previsibles. De no superarse dicho test, estaremos ante la existencia de un acto de hostilidad.

Igualmente, la Casación Nº 2921-2011-La Libertad, refiere que el retiro de confianza no podrá afectar la remuneración que percibía anteriormente el trabajador; siendo que no se puede decir que al modificarse la función asignada, se modificará unilateralmente e inmotivadamente en perjuicio la remuneración total obtenida, ya que ello podría afectar seriamente no solo el desarrollo del proyecto de vida del trabajador, sino directamente el status de socio económico alcanzado. Compartimos la postura que para establecer jurídicamente la existencia de la pérdida de confianza, es necesario examinar la conducta del trabajador, en íntima relación y su relación directa con las labores que le hayan sido encomendadas. Por tanto, no se encuentra fundamento legal para que el empleador de forma unilateral proceda a efectuar la reducción de la remuneración. Creemos que tal supuesto, solo corresponderá en caso excepcional siempre que se encuentre previsto expresamente en la legislación laboral.

b. Justificación de reducir la remuneración al trabajador

Para el TC, al desarrollar la sentencia recaída en el Expediente N°0020-2012-PI/TC, señala que la posibilidad de reducción consensuada no es nueva en el derecho laboral. Concluyen ello por cuanto de la lectura del artículo único de la Ley N°9463, se establece que ***"la reducción de remuneraciones aceptada por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por los servicios ya prestado"***. Sobre ello, el TC ha indicado en la STC N°0009-2004-AA/TC, que la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada por la Ley N°9463, siempre que medie la aceptación del trabajador. Sin embargo, al efectuarse una interpretación *contrario sensu*, del artículo 30 inciso b de la LPCL en concordancia con el artículo 49 del Decreto Supremo N°001-96-TR, Reglamento de la LPCL, resulta válido en términos constitucionales la reducción de la remuneración o de la categoría por decisión unilateral del empleador, si es que posee una causa objetiva o legal.

De esta forma, la normativa laboral establece que se entenderá como acto de hostilidad, y por tanto equiparable al despido: la reducción de remuneración o categoría sin que medie una razón objetiva y con el sólo propósito de ocasionarle un perjuicio. En el mismo sentido, ha fallado la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente Nº 009-2004-AA/TC que a continuación citamos:

> "(…) la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N. º 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es

> contemplada, contrario sensu, por el artículo 30 º, inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N. º 728, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR, y el artículo 49º de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 001-96-TR, que consideran la reducción INMOTIVADA de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido. (…)"

En consecuencia, de la referida sentencia puede colegirse claramente que el propio TC reconoce la potestad del empleador contenida en el *ius variandi*, en cuanto a la reducción de categoría y remuneración se trata, siempre que aquellas se encuentren debidamente motivadas. Debido a tal razonamiento jurídico, nos remitimos al fundamento 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente N° 035012006-PA/TC, el cual refiere lo siguiente:

> "Es de la misma opinión este Colegiado, que estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores "comunes", tales como:
> (…)
> d) No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador.
> (…)
> f) 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, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva (...)"

Preliminarmente puede concluirse que las propias funciones asignadas a un trabajador que encaje en los supuestos señalados en párrafos anteriores constituye uno de confianza o dirección; situación que de conformidad con la doctrina es de naturaleza absolutamente subjetiva, por lo que el empleador en legítimo uso del *ius variandi* tendría la potestad de retirar la confianza sin expresión de causa. Ahora bien, en este punto nos remitiremos nuevamente a la Sentencia del TC recaída sobre el expediente N° 03501-2006-PA/TC, la cual detalla que los trabajadores de confianza tienen las siguientes particularidades que los diferencian de los trabajadores "comunes", por cuanto 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, ésta 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 (artículo 103º de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.

Para conectar la propuesta que se expone, debe recordarse que el TC mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 0020-2012-PI/TC desarrolla los alcances del derecho fundamental a la remuneración, reconociendo en dicho documento la posibilidad de reducir las remuneraciones, la misma que puede realizarse por acuerdo entre las partes o por decisión unilateral del empleador, teniendo esta última que estar fundamentada en una causal objetiva para que sea constitucionalmente válida.

En efecto, la Sentencia del TC citada recoge la posibilidad de reducción tanto unilateral como bilateral de remuneración en los siguientes fundamentos:

> "(i) Reducción consensuada
>
> 38. La reducción de la remuneración es consensuada si es realizada de manera voluntaria, es decir, si existe un acuerdo libre, espontáneo, expreso y motivado entre el trabajador y el empleador.
> 39. La posibilidad de reducción consensuada no es nueva en el derecho interno. A esta conclusión se puede llegar de la lectura del artículo único de la Ley 9463, del 17 de diciembre de 1941, que señala que "La reducción de remuneraciones aceptada por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados (...), debiendo computársele las indemnizaciones por los años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas, hasta el momento de la reducción. Las indemnizaciones posteriores se computarán de acuerdo con las remuneraciones rebajadas", sobre lo cual este Tribunal ha tenido oportunidad de manifestar que la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada por la Ley 9463 siempre que medie la aceptación del trabajador (fundamento 3 de la STC 00092004 AA/TC).
> 40. También se ha admitido jurisprudencialmente que puede existir una reducción de la remuneración a través de un descuento aceptado por el trabajador (fundamento 6 de la STC 0818-2005-PA/TC).
>
> (ii) Reducción no consensuada
>
> 41. La reducción de la remuneración también puede ser adoptada por una decisión unilateral por parte del empleador, particular o el Estado mismo, es decir, sin aceptación previa del trabajador.

> 42. Esta posibilidad de reducción, aparte de la afectación de las planillas de pago por orden judicial (consentido en el fundamento 6 de la STC 0818-2005-PA/TC), de otro lado, se encuentra contemplada en el derecho interno y resulta de la interpretación y aplicación a contrario sensu del artículo 30.6 del Decreto Supremo 003-97-TR y del artículo 49 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 001-96-TR, que consideran que la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría es un acto de hostilidad equiparable al despido si es dispuesta por decisión unilateral del empleador que carezca de causa objetiva o legal. Desde esta perspectiva, resulta válida -en términos constitucionales- la reducción de la remuneración o de la categoría por decisión unilateral del empleador si es que posee una causa objetiva o legal.
>
> 43. Este Colegiado ergo considera viable la reducción no consensuada de remuneraciones por causa objetiva y justificada, siempre que dicha disminución de haberes refleje la expresión de los motivos o razones por los que se procede a la reducción de la remuneración o la invocación de la regulación legal que la justifique.

Como puede desprenderse de la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 0020-2012-PI/TC, el Tribunal Constitucional refiere que sí procede la reducción unilateral de la remuneración al efectuar una interpretación contrario sensu del numeral b) del artículo 30° de la LPCL el cual determina que un supuesto de hostilidad es la reducción inmotivada de la remuneración o categoría, entonces el empleador bien puede efectuar una reducción motivada de la remuneración o categoría.

Analizados ambos supuestos y evaluado el contexto actual de nuestro país, puede apreciarse que en los dos casos puede sustentarse técnicamente que el personal mantenga la remuneración ante el retiro de confianza; así como también asumiendo la tesis del TC, sería factible unilateralmente reducir la remuneración del trabajador al invocarse el retiro de confianza como sustento. Sin embargo, a título personal, consideramos que debe mantenerse la remuneración percibida por el trabajador, debido a que adquirió una estabilidad remunerativa y un status tanto de carácter laboral así como social. Ello, no conlleva a vulnerar el principio de a igual trabajo igual remuneración, por cuanto se encontraría sustentado tal trato diferenciado.

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

La asignación de funciones de categoría superior a un trabajador, conlleva el otorgamiento de confianza a éste, y que en la práctica se incrementa la remuneración. Por tanto, consideramos en primer término que el trabajador al tener una promoción modifica su status tanto laboral como social.

Como buen práctica laboral, se sugiere que el empleador deberá cuidar de que su decisión de retiro de confianza, sea debidamente motivada y razonable, a fin de que no vulnere aspectos constitucionales de la relación laboral.

Asimismo, es conveniente que si ambas partes, empleador y trabajador deciden que ante el retiro de confianza el trabajador retorne a su cargo anterior, suscriban un convenio de reducción de remuneraciones y nuevas condiciones laborales, para delimitar adecuadamente los nuevos deberes y obligaciones que se establecerán por las modificaciones aplicadas a la relación laboral.

En caso de que el empleador decida unilateralmente reducir las remuneraciones del trabajador, sin invocar causa motivada en la legislación y sin prever la formalidad sugerida, afectará a criterio nuestro los principios de buena fe laboral y seguridad jurídica. Consideramos que dicho accionar vulnerara el proyecto de vida del trabajador y su status sociolaboral, que engloban la dignidad de aquel, por cuanto consideramos que la remuneración alcanzada se ha convertido en parte estructural de la relación laboral.

Una conclusión implícita a la que llegamos, es que en el retiro de confianza al acordarse la permanencia del trabajador para que retorne a su cargo anterior de labores comunes, sí se permite la reducción de la categoría. Ello debido a que se autoriza legal y jurisprudencialmente la movilidad funcional descendente, lo cual consideramos no debe ser materia de discusión, salvo que se acredite mala fe en el accionar del empleador.

BIBLIOGRAFÍA

1. AA/VV. (2016) *Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 25 ensayos que analizan la reforma laboral individual*. (1° ed.) Lima: Gaceta Jurídica.
2. CÁCERES, J.; DÍAZ, K.; NAVARRETE, A.; TOVALINO, F.; VALDERRAMA, L. (2016) *Diccionario del Régimen Laboral Peruano. Enfoque normativo, doctrinario y jurisprudencial.* (1° ed.), Lima: Gaceta Jurídica.
3. CHÁVEZ, F.; CURAY, F.; DE LAMA, M.; MUNAYCO, E.; QUIROZ, L. (2011) *Jurisprudencia laboral para el abogado litigante*. (1° ed.), Lima: Gaceta Jurídica.
4. DOLORIER, J. (2010) *"Tratado Práctico de Derecho Laboral"* Tomo I. (1° ed.), Lima: Gaceta Jurídica.
5. EGUIGUREN, A.; TOYAMA, J. (2018) *Inspección del Trabajo. Jurisprudencia Administrativa más relevante*. (1° ed.), Lima: Gaceta Jurídica.
6. HIGA, A. (2017) *La irrenunciabilidad de los derechos laborales. Un enfoque sustantivo y procesal*. (1° ed.), Lima: Gaceta Jurídica.
7. MESINAS, F.; GARCÍA, A. (2008) *Problemas y Soluciones Laborales. Guía de casos de controversias laborales resueltos por los tribunales.* (1° ed.) Lima: Gaceta Jurídica.
8. SARZO TAMAYO, V. (2012) *La configuración constitucional del derecho a la remuneración en el Ordenamiento Jurídico Peruano* (Tesis para optar el título profesional de Abogado), Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
9. TARAZONA, M.; VALDERRAMA, L. (2018) *Régimen Laboral Explicado 2018*. Lima: Gaceta Jurídica.

10. TOYAMA, J. (2015) *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico*. Lima: Gaceta Jurídica.
11. TOYAMA, J. y VINATEA, L. (2013) "*Guía Laboral. Para asesores legales, administrativos, jefes de recursos humanos y gerentes".* (6° ed.), Lima: Gaceta Jurídica.

APUNTES SOBRE EL DERECHO A LA IGUALDAD SALARIAL EN EL PERÚ

GABRIELA SALAS ZUÑIGA*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la igualdad de género se ha convertido en un tema de discusión recurrente en diferentes ámbitos. En efecto, tanto el ámbito político como en el laboral, el concepto "igualdad de género" ha pasado a ser un tópico controvertido, con detractores -quienes se oponen hasta a la utilización del término- y con defensores.

En el ámbito del derecho del trabajo, la discusión sobre la igualdad de género se ha centrado en dos puntos específicos: (i) la eliminación de la brecha salarial por género; y (ii) la prevención y sanción del hostigamiento sexual, sin perjuicio de que existen muchos otros temas que también resulta necesario sean examinados bajo una perspectiva de género.

Este artículo tiene por objeto discutir sobre la reciente legislación sobre igualdad remunerativa desde una perspectiva constitucional, a efectos de responder si era necesario que el Estado promulgue una norma de este tipo o si, por el contrario, su promulgación afecta el derecho a la igualdad de los trabajadores.

II. ¿QUÉ ES LA BRECHA SALARIAL POR GENERO?

Antes de analizar la Ley de Igualdad Salarial y su reglamento, conviene tener claro a qué nos referimos cuando hablamos de "brecha salarial por género".

No existe una definición única del término "brecha salarial por género"[1], lo cual dificulta el inicio de cualquier discusión serio sobre la materia. Por experiencia propia, la

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada en el Estudio Echecopar asociado a Baker Mackenzie

[1] De acuerdo a la Unión Europea, la brecha salarial por género hace referencia a la diferencia promedio entre el salario bruto por horas de hombres y mujeres. Por su parte la OCDE, define la brecha salarial por género como la diferencia entre la remuneración media masculina y femenina dividido entre la remuneración media masculina.

manera más fácil de explicar el alcance de este término es a través de su finalidad.

La finalidad del indicador brecha salarial por género es comparar el ingreso promedio de hombres y mujeres asalariados. En ese sentido el porcentaje que arroja este indicador tiene por objeto evidenciar la distancia entre el ingreso promedio que perciben las mujeres y el que perciben los hombres tomando como referencia el de estos últimos.

Ahora bien, teniendo en cuenta su finalidad, es importante recalcar que esta distancia entre ingresos de hombres y mujeres puede ser calculadas tomando en cuenta diferentes variables y métodos. Dependiendo de las variables utilizadas, son dos los indicadores predominantemente utilizados cuando hablamos de brecha salarial: (i) la brecha salarial por género sin ajustar y (ii) la brecha salarial por género ajustada.

Se denomina brecha salarial sin ajustar a la distancia entre ingresos calculada únicamente tomando en cuenta la variable sexo y población asalariada[2]. Por su parte la brecha salarial ajustada, incluye variables más específicas como el tipo de actividad o servicio prestado por hombres y mujeres, el tipo de contrato de trabajo así como la jornada, y el sector[3].

Las preguntas que muchas personas se hacen al escuchar por primera vez sobre estos dos indicadores son: ¿Cuál es la más exacta? ¿Cuál debe utilizarse al momento de discutir sobre la desigualdad por género en el ámbito laboral? La respuesta a esta dos preguntas es depende.

En efecto, el primer indicador, brecha salarial por género sin ajustar da cuenta en términos amplios de la desigualdad por género en el ámbito laboral. Evidencia, pues, que la población femenina asalariada percibe, en promedio, menores ingresos que la masculina empleada. Adviértase que este indicador no solo da cuenta de supuestos de discriminación salarial, sino de la existencia de diferentes fenómenos que impiden que hombres y mujeres se incorporen de igual manera al mundo laboral o que se desarrollen en igualdad de condiciones. Así pues, este indicador es clave para el análisis de fenómenos como, el confinamiento de la mujer en el mundo del trabajo informal[4], así como el techo de cristal[5] y la segregación horizontal.

---

[2] Alonso, Patricia. "*La Brecha Salarial: tendencias y explicaciones*". Consulta 28 de septiembre en <http://ctxt.es/es/20180328/Politica/18747/Brecha-salarial-tendencias-explicacion-estudio.htm>

[3] Ibídem.

[4] El 75.1% de las mujeres asalariadas pertenece al sector laboral informal, con lo cual no les resulta aplicable la legislación laboral en general y no tienen acceso al pago de beneficios sociales, a la seguridad social, y a la protección contra el despido, entre otros. Instituto Nacional de Estadística e Informática. Cuadro 6.14. PERÚ: Tasa de informalidad de mujeres y hombres, según ámbito geográfico. Revisado el 28 de junio de 2018 en https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/brechas-de-genero-7913/

[5] Se denomina **segregación vertical** en el trabajo a las dificultades que tienen los trabajadores para poder desarrollarse y escalar posiciones profesionales dentro de una estructura empresarial o jerárquicos. Las mujeres son las más frecuentemente afectadas por la segregación vertical en el trabajo debido, entre otras razones, a las condiciones laborales que las afectan.

Por su parte el segundo indicador, brecha salarial por género ajustada, busca brindar luces sobre los ingresos que perciben las mujeres y hombres, con características y en situaciones similares. Por ejemplo, bajo este índice se podría comparar el salario de hombres y mujeres que realizan un trabajo de igual valor o que trabajan en un mismo sector, o que cuentan con el mismo perfil académico. Este indicador, pues, busca medir la distancia entre ingresos de poblaciones con mayores semejanzas y hasta nos permite contar con data aun frente a fenómenos como la segregación horizontal[6]. Como se advierte que cada uno de estos indicadores en realidad busca medir la distancia entre los ingresos de hombres y mujeres asalariados en diferentes ámbitos y condiciones.

En el mundo, la brecha salarial por género ajustada tiende a ser menor que la brecha salarial por género sin ajustar[7], situación que ha sido aprovechada para desestimar cualquier reivindicación relacionada con la igualdad salarial. En efecto, bajo el argumento de que en realidad la "verdadera brecha de género" es la evidenciada bajo el indicador "brecha de género ajustada", se ha tratado de deslegitimar la lucha por salarios justos bajo el entendido de que la brecha salarial no ajustada responde a las propias elecciones de las mujeres, lo cual dista a todas luces de ser cierto.

Las personas que postulan sin más que es elección de las mujeres estudiar carreras menos "rentables", o dejar de capacitarse, o tomar trabajos con una menor jornada, o parar sus carreras profesionales a efectos de dedicarse temporalmente al cuidado de terceros, parecen ignorar que todas estas decisiones están condicionadas por estereotipos de género y una repartición desigual de las labores de cuidado. Lo cual da cuenta de un obstáculo igual de grave que la discriminación para el acceso y ejercicio del derecho al trabajo en situación de igualdad de hombres y mujeres.

En ese sentido, reiteramos la idea es darle un justo valor a cada uno de los indicadores analizados y comprender el alcances de cada uno de ellos de tal forma que puedan implementarse medidas idóneas para garantizar el derecho a la igualdad material de hombres y mujeres en el ámbito laboral.

III. LA BRECHA SALARIAL POR GÉNERO EN EL PERÚ Y SUS CAUSAS

De acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo, la brecha salarial por género (sin ajustar) promedio en el mundo es del 23%[8]. Sin embargo, cuando uno revisa la información estadística de diferentes países encuentra que la brecha salarial por

---

[6] El término **segregación horizontal** en el trabajo hace referencia a las dificultades a las que tienen hacer frente los y las trabajadoras a efectos de acceder a determinadas profesiones u ocupaciones fuertemente masculinizadas o feminizadas.

[7] Rush, Cassidy. "*Gender Pay Gap Is Real And This Proves It*". Consulta 28 de septiembre en <https://www.elitedaily.com/women/everything-need-know-gender-pay-gap/1645825>.

[8] Organización Internacional del Trabajo. *"Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016".* Consultado el 21 de septiembre de 2018 en <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/--publ/documents/publication/wcms_483214.pdf>.

género varía ampliamente. Por ejemplo, entre los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), hay países con una diferencia menor al 5% como Costa Rica o Luxemburgo y otros con hasta el 34.6%, como Corea del Sur[9].

En el Perú, la brecha salarial por género sin ajustar es del 29%, lo cual significa que, estamos 15.1 puntos porcentuales encima del promedio de brecha salarial de los países de la OCDE[10]. Por su parte, de acuerdo a estimaciones de la OIT, a falta de datos más actuales, al 2016, la brecha salarial ajustada en el Perú era del 17.5%[11].

De la información detallada se observa que los ingresos promedios de hombres y mujeres varían ampliamente, aun en situación en las que se compara a población femenina y masculina con cualidades y situaciones similares. En ese sentido, resulta evidente que estamos frente a un problema que trasciende las características de las poblaciones analizadas.

En efecto, la brecha salarial por género se mantiene sin perjuicio del sector en el que se desempeñen las mujeres[12], o de la posición que lleguen a ocupar al interior de su entidad empleadora[13], sea que dicha entidad pertenezca al ámbito privado o público[14].

Respecto a las causas de la brecha salarial se ha escrito mucho. Sin embargo, quizás, la aproximación más conocida y extendida es la propuesta por los economistas de Chicago, para quienes, el hecho de que las mujeres perciban menores ingresos a los de los hombre obedece a una explicación simple: las mujeres son menos productivas a lo largo de su vida laboral que los hombres, con lo cual merecen recibir una menor paga. Es más ellos agregan que, en la medida que las mujeres siempre se toman periodos sabáticos para dedicarse a su familia e hijos, para ellas no resultaba racional invertir tanto en su formación en comparación con los hombres[15]. En ese sentido, para la escuela de Chicago, la brecha salarial por género únicamente responde a consideraciones objetivas como el desigual nivel de educación y productividad entre hombres y mujeres.

Sin embargo, ¿esta aproximación a la brecha salarial por género se condice con la realidad? Si esta aproximación es, en efecto, cierta, ¿eso significa que las mujeres que deciden no tomarse un periodo sabático e invierten tanto o mayor esfuerzo en su

---

[9]OECD. "Gender Wage Gap data" Consultado el 25 de septiembre de 2018 en http://www.oecd.org/gender/data/gender-wage-gap.htm

[10]Brecha salarial por género en países del OCDE. Revisado el 21 de junio de 2018 en http://capitalhumano.emol.com/11194/ranking-brecha-salarial-genero-paises-ocde/

[11]Organización Internacional del Trabajo. *"La Brecha Salarial en América Latina: Estimaciones para cuatro Países (Costa Rica, México, Perú Y Uruguay)"* . Ginebra: 2018. p. 14.

[12] Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. "*Guía que contiene las pautas referenciales que pueden ser utilizadas por la entidad empleadora para evaluar puestos de trabajo y definir el cuadro de categoría y funciones*". Lima: 2018. p. 9.

[13] Ídem. p. 10.

[14] Ídem. p. 8.

[15] Marcal, Katrine. "*¿Quién le hacía la cena a Adam Smith? Una historia de las mujeres y la economía*". Barcelona: Penguin Random House Group Editorial, 2016. p. 43.

formación académica que los hombres no se ven afectadas por la brecha salarial por genero?

Para responder esta pregunta es necesario revisar la información estadística. De acuerdo a la OIT, la brecha salarial por género persiste sin perjuicio del nivel educativo de las mujeres[16]. En esa misma línea, la brecha salarial se mantiene incluso en el caso de mujeres que no se dedican al cuidado de terceros[17]. En ese sentido, se advierte que ninguna de estados dos variables explica por si sola la brecha salarial. Es innegable que inciden en la brecha, pero no son, como afirman los teóricos de la escuela de Chicago las causas objetivas, únicas y directas de la brecha salarial por género.

Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde preguntarse, pues, ¿cuál es la causa de este fenómeno? No existe una única respuesta a esta pregunta, y es que antes que una causa exclusiva, existen un cúmulo de razones que explican la brecha salarial por género. En el caso peruano, considero que este problema obedece a las siguientes causas especificas:

a. Discriminación salarial: El empleador decide otorgar un salario mayor a un trabajador que realiza un trabajo idéntico o sustancialmente igual al de una trabajadora debido a su sexo. Cabe resaltar que dentro de esta causa, no solo se encuentran los casos de discriminación directa como el descrito, sino también los supuestos de discriminación indirecta, en donde el empleador adopta una medida supuestamente neutral, con un impacto perjudicial solo para a un grupo particular.

b. Negociación individual de las remuneraciones y falta de política salariales: En el sistema de relaciones laborales peruano, la remuneración es un tema que se negocia al inicio de la relación laboral. No son pocos los casos donde, a pesar de que se ha presupuestado un monto determinado para la remuneración de un puesto de trabajo específico, si en la negociaciones el candidato propone una cifra menor a la presupuestada, la empresa contratará al candidato otorgándole el monto menor.

   Debido a los diferentes procesos de socialización a los que son sometidas las mujeres, estas tienden a obtener peores resultados que los hombres al momento de negociar sus salarios[18].

c. Incorrecta categorización de puestos: Muchas veces los empleadores no valoran adecuadamente los puestos de trabajo al interior de las empresas, con lo cual personal que realiza labores sustancialmente iguales reciben salarios diferentes. Es usual que los puestos ocupados en mayor grado por las mujeres tiendan a ser subvalorados, lo cual trae como consecuencia directa el otorgamiento de una menor remuneración.

---

[16] OIT. Op. cit. 9.
[17] Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Op. cit. p. 4.
[18] Sanchez-Juarez, Anna. "Las mujeres negocian las subidas de sueldo con menor éxito que los hombres". Consultado el 15 de septiembre de 2018 en <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2018/185-mujeres-salario.html>.

d. Denominación del mismo trabajo con títulos diferentes dependiendo del sexo de la persona que lo ocupe: Normalmente, los trabajos designados con nombres femeninos son menos pagados que los designados con nombres masculinos[19].

e. Segregación vertical y horizontal: Debido a estos dos fenómenos las mujeres tienden a prestar servicios en sectores considerados menos rentables. Asimismo, sin perjuicio del sector donde se desarrollen, la gran mayoría de las mujeres no llega a ocupar puestos gerenciales. Actualmente, hay una marcada sub-representación de mujeres en puestos de decisión[20].

f. Mayor número de mujeres contratadas a tiempo parcial: Debido a la asignación diferenciada del trabajo doméstico no remunerado entre hombres y mujeres, las trabajadoras se ven obligadas a aceptar esquemas de contratación con jornadas más flexibles, los cuales son remunerados en menor medida que los esquemas de trabajo a tiempo completo.

g. Penalización de la maternidad: La maternidad incide en la determinación de salarios de manera negativa. Los empleadores no solo consideran la maternidad como pasivo, sino que las mujeres tienden a recortar sus jornadas o su participación en determinadas posiciones a efectos de conciliar su vida laboral y personal, lo cual no sucede con los trabajadores hombres, para quienes la paternidad no supone, en la mayoría de casos, algún cambio sustancial en su vida laboral.

La eliminación de la brecha salarial por género debe ser sin duda un tema de atención prioritaria, no solo por sus implicancias económicas[21], sino porque dicho fenómeno importa una afectación sistemática al derecho de las trabajadores. En efecto, la brecha salarial supone una afectación al derecho a la igualdad salarial de las trabajadoras, el cual debe ser solucionado.

Dada la gran cantidad de causas que dan origen a la brecha salarial, encontrar medidas idóneas para lograr su eliminación resulta en suma complicado. Aunado a ello, habría que agregar que el tema se torna aun más complicado si, como paso previo, se deben gastar esfuerzos en tratar de convencer a terceros sobre la existencia de este problema, pues aun hoy, a pesar de la gran cantidad de información estadística que la sustenta, hay quienes consideran que la brecha salarial por género es un mito[22].

IV. EL DERECHO A LA IGUALDAD SALARIAL

No puede iniciarse un análisis respecto a igualdad salarial sin hacer referencia al derecho a la igualdad y no discriminación. El referido derecho no solo ha sido objeto de

[19] Organización Internacional del Trabajo. "*Igualdad Salarial: guía introductoria*". Ginebra: 2013. p. 23.
[20] Op. Cit. p. 10.
[21] De acuerdo al Banco Mundial, el mundo pierde riquezas por US$ 160 mil millones, en términos de capital humano, debido a fenómenos como la brecha salarial. Revisado el 30 de septiembre de 2018 en https://elcomercio.pe/economia/mundo/brecha-salarial-genera-perdidas-us-160-000-mlls-noticia-523878.
[22] Barceló Larran, Diego. El Mito de la Brecha Salarial. Revisado el 29 de junio de 2018 en https://www.libremercado.com/2017-12-16/diego-barcelo-larran-el-mito-de-la-brecha-salarial-83909/

diversos tratados internacionales, sino que es uno de los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano[23].

Respecto al contenido de este derecho, el Tribunal Constitucional ha resaltado que el derecho a la igualdad importa dos vertientes: la primera, denominada igualdad formal; y la segunda, igualdad sustantiva o material. Al respecto, Carmona Cuenca señala que la primera de ellos —la igualdad formal— constituye un postulado fundamental del Estado liberal de Derecho el cual importa la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho. Por su parte, el principio de igualdad material es producto de la reinterpretación de la igualdad formal en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a buscar y garantizar la equiparación real y efectiva de los mismos[24].

Teniendo en cuenta la dicotomía entre igualdad formal y material, resulta posible comprender que este derecho fundamental no importa para el Estado solo la obligación de legislar sin tener en cuenta consideraciones discriminatorias o prohibidas, sino que importa también la obligación de implementar medidas idóneas para asegurar la eliminación de cualquier situación de desigualdad, en tanto suponen un obstáculo al ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. Precisamente, es en este marco que se inscribe el principio "t*ratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*".

En relación a este principio en particular, el Tribunal Constitucional ha dispuesto lo siguiente:

> “el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales. Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o la circunstancias en las que un sujeto se encuentre, sino a que se realice un tratamiento

[23] A nivel internacional, el referido derecho ha sido recogido por el artículo 2° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. De manera complementaria, el artículo 7 de la mencionada Declaración dispone que todos tienen derecho a la igualdad ante la ley y a ser protegido contra cualquier acto discriminatorio. De manera análoga, en el sistema americano de protección de los Derechos Humanos, el artículo 2° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derecho Económicos y Culturales, Protocolo de San Salvador, reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación. Por su parte, en el ámbito nacional, este derecho fundamental ha sido recogido por el numeral 2 del artículo 2° de la Constitución. Ello, sin perjuicio de las diversas normas sobre igualdad y no discriminación.

[24] CARMONA CUENCA, Encarnación. “El Principio de Igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. S4. Abril-Junio 1994. p. 265.

> diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual[25]"

De lo expuesto se desprende que, a criterio del Tribunal Constitucional, el Estado debe ser capaz de identificar a los diferentes grupos históricamente segregados y de implementar medidas idóneas para lograr que dichos grupos logren superar la situación de desigualdad en la que se encuentran inmersos a efectos de que puedan ejercer sus derechos en las mismas condiciones que el resto de personas, sin perjuicio de que estas medidas supongan el otorgamiento de un trato diferenciado.

Ahora, bien, como respuesta a la situación de desigualdad que viven las mujeres en el ámbito laboral, específicamente respecto a su paga en comparación a sus compañeros hombres, es que, a nivel internacional, se ha reconocido el derecho a la igualdad salarial.

Son tres los tratados que reconocen este derecho fundamental, conforme se muestra a continuación:

a. El Protocolo de San Salvador: el artículo 7° de este tratado, sobre condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, reconoce el derecho de los trabajadores a un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.

b. El Convenio 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración: a nivel internacional este tratado es un referente en materia de igualdad salarial. Este convenio reconoce el derecho de los trabajadores a percibir un salario igual por la realización de labores de igual valor no solo labores idénticas, lo cual, supuso un gran avance, teniendo en cuenta la fecha de entrada en vigencia de este tratado[26].

c. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: el inciso d) del artículo 11° de esta Convención establece la obligación de los Estados de implementar medidas idóneas a efectos de garantizar el derecho a una remuneración igual, con respecto a un trabajo de igual valor, además del derecho a ser tratado igual en el empleo, y durante la evaluación de su labores.

Cabe advertir que si bien estos tratados hacen referencia al derecho a la igualdad salarial, lo cierto es que estos tienen diferentes alcances. Así, pues, mientras el primero de ellos habla del derecho de los trabajadores a obtener un salario por trabajos iguales, los dos restantes reconocen el derecho a recibir una misma remuneración por trabajos de igual valor. La diferencia no es sutil, ni poco relevante para efectos de la determinación del contenido de este derecho.

En efecto, en el caso del Pacto de San Salvador, el supuesto tutelado es la disparidad de sueldos entre trabajadores que realizan labores idénticas. Vale decir, que ocupan el mismo puesto y realizan las mismas labores. Este supuesto de análisis, a todas

[25] Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Exp. N° 00606-2004-PA/TC, párr. 11
[26] Este tratado entró en vigencia el 23 de mayo de 1953.

luces, resulta pacífico pues nadie, hoy, podría cuestionar la validez de un tratado que tiene por objeto que dos trabajadores que realizan labores iguales cobren el mismo sueldo.

Precisamente, en esa línea, la judicatura peruana ha reconocido el derecho de los trabajadores que realizan labores idénticas a solicitar el pago de una remuneración igual mediante la interposición de demandas de homologación de remuneraciones. En estos casos, la discusión se centra en determinar si efectivamente el demandante realiza labores homólogas en relación a un par determinado, siendo que la demanda será declarada infundada en el supuesto de que no logre acreditar ello o se verifique que la diferencia en el salario responde a una consideración objetiva

Sobre el particular cabe tener en consideración lo señalado en la Casación N° **208-2005, Pasco**, en la cual la Corte Suprema estableció los criterios que deberán ser evaluados a efectos de determinar si corresponde declarar fundado una demanda de homologación de salarios:

> "i) La procedencia del demandante y del homólogo propuesto, con el cual se realizan las comparaciones;
> ii) La categoría o nivel ocupacional al que pertenece el homólogo propuesto y el demandante;
> iii) La antigüedad laboral en la empresa,
> iv) Las labores realizadas por el demandante y el homólogo propuesto;
> v) Una correcta diferenciación disgregada entre los conceptos remunerativos que se perciben en el caso del demandante y el homólogo propuesto; entre otros que se puedan considerar necesarios y razonables"[27].

Como se observa, la lista de criterios señalados por la Corte Suprema de Justicia busca brindar mayores elementos a los magistrados a efectos de poder determinar si corresponde la homologación requerida.

En esa misma línea, la Corte Suprema de Justicia ha concluido en más de una casación, que las diferencias remunerativas entre un trabajador demandante y un homólogo, que se base en los siguientes factores objetivos de diferenciación: i) empresa proveniente, ii) trayectoria laboral, iii) funciones realizadas, iv) antigüedad en el cargo y fecha de ingreso, v) nivel académico alcanzado y capacitación profesional, vi)responsabilidad atribuida, vii) experiencia y bagaje profesional no

[27] **Casación Laboral N° 208-2005, Pasco**, de fecha 12 de diciembre del 2005, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 31 de julio del 2006. En la parte resolutiva de esta casación, se ha establecido que la publicación de la misma constituye precedente de observancia obligatoria en el modo y forma de ley.

constituyen un acto discriminatorio en la medida que suponen criterios objetivos de diferenciación salarial[28].

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe preguntarse si el supuesto tutelado por el Pacto de San Salvador resulta suficiente como para eliminar la brecha salarial por género. La respuesta a esta pregunta es, evidentemente, negativa. El supuesto tutelado por el Pacto de San Salvado resulta insuficiente frente a fenómenos como la segregación horizontal, en virtud del cual hombres y mujeres tienden a ser confinados a diferentes ocupaciones según las características atribuidas a su género.

En efecto, el Pacto de San Salvador solo garantizaría el derecho a la igualdad salarial de las mujeres siempre que estas puedan encontrar un homólogo varón. Sin embargo, debido a la segregación horizontal las posibilidades de que encuentren uno, son limitadas, si se tiene en cuenta que son menores los casos donde hombres y mujeres prestan servicios en las mismas ocupaciones.

Precisamente, a efectos de hace frente a esta dificultad, es que el Convenio 100 de la OIT y el Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer no han reconocido como parámetro de comparación la realización de trabajos de igual valor, y no así de labores idénticas. Pero, ¿Qué se debe entender por igual valor? ¿cómo se determina si dos o más puestos son de igual valor?

Deberá considerarse que dos o más trabajos son de igual valor siempre que el grado de responsabilidad, conocimiento, o en general, los requisitos para su realización sean equivalentes, ello, sin perjuicio de que, en apariencia resultan diferentes,

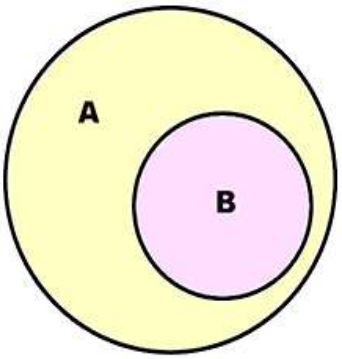
Ahora, en relación a los mecanismos de valoración, debe señalarse que si bien ninguno de los tratados analizados en este trabajo establece un mecanismo de valoración de puestos determinado, lo cierto es que, actualmente, existen varias mecanismos de valoración de puestos, entre los que se destacan: (i) valoración de puntos por factores; (ii) método de jerarquización; (iii) método de clasificación; entre otros.

De lo expuesto se concluye que si bien los tres tratados analizados reconocen el derecho a la igualdad salarial, el ámbito de protección reconocido en cada uno de ellos no es el mismo, conforme se muestra a continuación:

[28] Casación Laboral. N° 16927-2013, Lima; Casación N° 3159-2010, Junín; y Casación N° 3164-2010, Junín.

Cuadro N° 1

A: Convenio N° 100 OIT y el Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer: Protección de derecho a la igualdad salarial ante labores idénticas o sustancialmente iguales.
B: Pacto de San Salvador: Reconoce derecho a igualdad salarial en caso de trabajos idénticos.



En ese sentido, se concluye que el Pacto de San Salvador únicamente protege solo una de las fases que componen el contenido del derecho a la Igualdad salarial.

Sin perjuicio de lo comentado, un punto adicional a analizar es el referido a lo que debe entenderse por remuneración para efectos del ejercicio de este derecho. ¿es acaso que este derecho únicamente protege la remuneración mensual de los trabajadores? o ¿se extiende respecto de todo los ingresos del trabajador?

El Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer no contiene ninguna disposición que permita resolver estas preguntas. Sin embargo, el Convenio 100 de la OIT sí brinda respuestas sobre el particular. Efectivamente, el referido tratado acoge una visión más amplia sobre lo que debe calificar como remuneración y dispone que bajo este derecho no solo está protegida la remuneración mensual sino toda ventaja patrimonial otorgada como contraprestación por sus servicios, sin perjuicio de que esta sea en especie o efectivo.

Esta visión más amplia sobre lo que califica como remuneración otorga un ámbito de protección mayor que se extiende a los esquemas remunerativos compuestos no solo por un básico mensual, sino a aquellos que comprenden salarios variables, RSU's, Stock options, entre otros beneficios, lo cual a todas luces resulta un enfoque adecuado a efectos de hacer frente a la desigualdad salarial por género, en la medida que la mayoría de diferencias salariales tienden a presentarse en los beneficios adicionales al básico que se incluyen en los paquetes de compensación de los trabajadores[29].

29 Guibourg, Clara. "Gender pay gap: Six things we've learnt". Consultado el 30 de septiembre de 2018 en https://www.bbc.com/news/business-43668187

V. ¿ERA NECESARIA LA PROMULGACIÓN DE UNA LEY SOBRE LA IGUALDAD SALARIAL?

Teniendo en cuenta que el Estado Peruano ha suscrito todos y cada uno de los tratados analizados en el punto anterior, esto es el Pacto de San Salvador, el Convenio OIT N° 100 y el Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y que de conformidad con el artículo 55° de la Constitución, estos tratados forman parte del ordenamiento peruano sin necesidad de que se promulgue ninguna norma legal para ello, conviene preguntarse si era necesario que, a nivel nacional, fuera promulgado un marco legislativo sobre igualdad salarial[30].

A efectos de responder esta interrogante es preciso recordar que, el artículo 4° del Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer ha establecido que es obligación de los Estados implementar medidas temporales dirigidas a la a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer. En ese sentido, no se espera que los Estados mantengan una posición abstencionista frente a la brecha salarial por género sino que, todo lo contrario, generen las condiciones necesarias para superar cualquier situación de desigualdad detectada.

Precisamente, en esa línea el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en materia de igualdad salarial, aprobó la Recomendación N° 13, sobre igualdad salarial, en donde se incluyó dentro de la nómina de posibles mecanismos especiales a efectos de garantizar el derecho a la igualdad salarial las siguientes medidas:

a. Ratificación del Convenio Nº 100 de la OIT
b. Implementar medidas destinadas a estudiar, fomentar y adoptar sistemas de evaluación del trabajo sobre la base de criterios neutrales en cuanto al sexo, que faciliten la comparación del valor de los trabajos de distinta índole.
c. Creación de mecanismos que aseguren la aplicación y fomenten la aplicación del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor.

En ese sentido, las posiciones que apuestan por la eliminación de la brecha salarial a partir de la desregulación del mercado, no solo resultan inadecuadas para la superación de este fenómeno, sino también incompatibles con las obligaciones del Estado peruano a nivel internacional en materia de lucha contra la discriminación de la mujer.

Si bien, entre las medidas recogidas por la Recomendación N° 13 no se sugiere la promulgación de una ley de igualdad salarial, consideramos que en el caso peruano, la promulgación de una norma de este tipo se condice con la exigencia contenida en el artículo 4° del Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Ello en la medida que esta nueva ley y su reglamento establecen medidas

30 Sobre el particular, cabe recordar que en diciembre del año pasado, se promulgó la ley de Igualdad Salarial, Ley N° 30709 y, en marzo de este año, se ha promulgado su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2018-TR.

específicas a efectos de reducir la arbitrariedad en la determinación de los esquemas salariales, y, por consiguiente, reducir la brecha salarial por género. A continuación comentaremos estas medidas:

- **Elaborar cuadros de puestos al interior de la empresa**

De acuerdo a la Ley de Igualdad salarial, los empleadores deberán valorizar las labores propias de cada puesto de trabajo. Ello con el objeto de elaborar categorías ocupacionales en las que se agrupen los puestos de trabajo que realizan labores de valor equivalente para el negocio, sin perjuicio de que las actividades no sean idénticas.

La Comisión de Expertos de la OIT ha subrayado la importancia de la valorización de los puesto de trabajo y advertido la relación entre la valorización de puestos y el parámetro de evaluación "igual valor". Expresamente ha señalado:

> "El concepto de «igual valor» requiere un método de medición y comparación del valor relativo de los distintos empleos. Se debe proceder a un examen de las respectivas tareas cumplidas, que se llevará a cabo sobre la base de criterios absolutamente objetivos y no discriminatorios para evitar que la evaluación se vea condicionada por los prejuicios de género. Si bien en el Convenio no se establece ningún método específico para ese examen, en el artículo 3 se presupone el uso de técnicas adecuadas para la evaluación objetiva del empleo con miras a determinar su valor, mediante la comparación de factores tales como las calificaciones, el esfuerzo, las responsabilidades y las condiciones de trabajo"[31].

Con base a lo expuesto por la OIT, resulta evidente que cuando la ley de Igualdad Remunerativa dispone la elaboración de categorías salariales que respondan al objeto de la ley, ello presupone la culminación de un proceso de valorización de puesto de trabajo, que permita implementar finalmente el principio de igual salario por trabajo de igual valor.

En esa misma línea, la OIT ha señalado en el documento "Promoción de la Igualdad Salarial por medio de la evaluación no sexista de empleos: Guía detallada" lo siguiente:

> *"El logro de la igualdad salarial exige un proceso planificado y estructurado que a menudo recibe el nombre de programa de igualdad salarial y que abarca las siguientes etapas:*

[31] "Dar un rostro humano a la globalización, Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones 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, 2008, Informe III (Parte 1B)", Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª Reunión, Ginebra, 2012. párrafo. 695.

- *La selección de los empleos con predominio de mujeres y con predominio de hombres que se van a comparar; .*
- *La elección del método de evaluación;*
- *La elaboración de instrumentos para acopiar datos sobre los empleos y la recolección de esos datos;*
- *El análisis de los resultados;*
- *La determinación del valor de los empleos; .*
- *El cálculo de las diferencias salariales entre empleos de igual valor,*
- *El pago de los ajustes para lograr la igualdad salarial.*

Las primeras seis etapas representan un diagnóstico de la situación encaminada a constatar la presencia o ausencia de diferencias salariales entre empleos de igual valor*; en el primer caso, se pasará a la séptima etapa, es decir al pago de los ajustes; en el segundo, no se deberá hacer ningún ajuste salarial"*[32].

Del apartado citado se desprende que es necesaria la valorización y categorización previa para determinar la existencia de disparidad salarial, y para la subsiguiente implementación de medidas de ajuste salarial.

Teniendo ello en cuenta, si bien la ley de igualdad salarial no recoge de manera expresa el principio de "*igual salario por trabajo de igual valor*" si lo recoge de manera tácita al disponer la obligación de categorizar los puestos de trabajo. Ello en la medida que son presupuestos para la implementación del principio de "igual salario por trabajo de igual valor".

Cabe resaltar que, la valoración y categorización de puestos son innecesarias en los casos de implementación de los esquemas en los que únicamente se busca la igualdad de salario por trabajos idénticos, por cuanto en esos casos solo debe analizarse la identidad de las labores realizadas y no el valor que encierran las actividades que realicen dos o más personas en diferentes puestos.

- **Elaborar una política remunerativa**

De manera adicional, la Ley de Igualdad Remunerativa y su Reglamento han establecido que los empleadores tienen la obligación de implementar una política remunerativa, la cual contenga los criterios sobre los cuales se elaborara los esquemas remunerativos vigentes en la empresa. Asimismo, en dicho documento, deberá incluirse

[32] Organización internacional del Trabajo. "Promoción de la Igualdad salarial por medio de la evaluación no sexista de los empleos: Guía Detallada" p. 5.

las causas objetivas en las que se podrán justificar diferencias salariales (capacitación, productividad, etc.).

La idea es que esta Política salarial y los cuadros de categorías ocupacionales guarden coherencia de tal forma que los esquemas salariales sean determinados sobre la base de consideraciones objetivas.

Ahora, respecto al contenido de estas políticas, cabe preguntarse si es necesario que este tipo de documentos contenga los salarios para cada puesto o las bandas salariales implementadas por la empresa, conforme recoge la Guía que contiene las pautas referenciales que pueden ser utilizadas por la entidad empleadora para evaluar puestos de trabajo y definir el cuadro de categoría y funciones, aprobada por el Ministerio de Trabajo mediante Resolución Ministerial N° 243-2018-TR.

Sobre el particular, cabe recordar que esta exigencia no ha sido contemplada en la Ley de Igualdad Salarial ni en su Reglamento, con lo que no es posible que el Ministerio de Trabajo exija a los empleadores, en virtud de esta guía, la inclusión de esta información en sus Políticas salariales. En ese sentido, resulta necesario ajustar lar referida Guía de forma tal que guarde coherencia con el marco jurídico promulgado.

Sin perjuicio de ello, es importante apuntar que a efectos de asegurar el derecho de las trabajadoras a la igualdad salarial ello no es necesario y puede, incluso, afectar el derecho a la intimidad de los trabajadores, con lo cual, antes de implementar una medida de este tipo, convendría implementar medidas menos gravosas e igualmente idóneas, como la propia ley y reglamento disponen, referidas al otorgamiento de información respecto a los criterios de determinación de diferencias salariales.

- **Informar a los trabajadores sobre política remunerativa**

La Ley de Igualdad Remunerativa también establece a los empleadores la obligación de informar a sus trabajadores sobre la política remunerativa. La ley no exige que se informe sobre montos, sino únicamente sobre los criterios contenidos en la política salarial que le fueran aplicables de acuerdo a su categoría ocupacional.

Como se observa la Ley de Igualdad Remunerativa y su Reglamento no solo reconocen el derecho a la igualdad salarial, sino que establecen medidas adecuadas y específicas para reducir la brecha salarial por género. En ese sentido, reiteramos, su promulgación en realidad no supone una afectación del derecho a la igualdad, sino más bien es una medida que busca garantizar dicho derecho en su fase material.

Sin perjuicio de lo expuesto, es importante advertir que la sola implementación de una ley en materia de igualdad remunerativa no solucionará de manera definitiva la problemática de la brecha salarial por género. En efecto, si bien esta nueva normativa

establece pasos adecuados para reducir esta brecha, lo cierto es que esta no podrá ser eliminada si no son atendidas las causas sociales subyacentes, vale decir, los estereotipos y roles de género.

Precisamente, conscientes de estas limitaciones el propio reglamento, ha establecido obligaciones complementarias tendientes a asegurar la igualdad de género al interior de las empresas. Estas medidas complementarias son:

- **En el acceso al empleo**

  Las empresas no pueden solicitar a las postulantes a un puesto de trabajo que se realicen pruebas de embarazo. Sin embargo, sí deben cumplir con informar a las postulantes respecto a los riesgos que encierra el puesto para las personas gestantes y para el feto, a efectos de que la postulante determine si desea realizarse una prueba de embarazo. Si la trabajadora decidiese realizarse una prueba de embarazo, el posible empleador deberá ser quien asuma el costo de esta prueba.

  En caso la prueba resulte positiva, dicho resultado no deberá afectar la decisión del a empresa de contratar a la postulante. En estos casos, el empleador deberá cumplir con tomar las medidas necesarias para que la trabajadora gestante y el feto no estén expuestos a situaciones que pongan en riesgo su salud e integridad.

- **En la gestión del centro de trabajo**

  Los empleadores deberá garantizar un clima laboral basado en el respeto y la no discriminación, así como la compatibilidad de la vida personal, familiar y laboral. Asimismo, el reglamento ha establecido que los trabajadores tienen derecho a que el periodo vacacional ya cumplido y aun pendiente de goce se inicie a partir del día siguiente de vencida la licencia por paternidad, siempre que comunique oportunamente al empleador su decisión.

- **Al momento de la terminación del vínculo laboral**

  Los empleadores se encuentran prohibidos de despedir o de no renovar el contrato de trabajo a plazo fijo de su personal debido a razones relacionadas con: (i) la maternidad; (ii) la lactancia; (iii) el embarazo. No obstante, los empleadores podrán no renovar el contrato de trabajo de dicho personal si se verifica que la causa objetiva de contratación ha desaparecido. Por ejemplo, si la trabajadora embarazada ha sido contratada para efectuar una suplencia y el trabajador suplido se reincorpora a su puesto de trabajo.

Sin embargo, aun con estas medidas complementarias, resulta necesario, a efectos de eliminar la brecha salarial por género, generar conciencia respecto a este problema y preocuparse por modificar patrones culturales sexistas.

VI. EXPERIENCIA COMPARADA EN MATERIA DE IGUALDAD SALARIAL

A nivel internacional diversos países han implementado legislaciones en materia

de igualdad salarial, no solo con el objeto de reconocer dicho derecho sino de implementar medidas conducentes a eliminar la brecha salarial por género y garantizar el derecho a la igualdad material.

A continuación se comentará el marco normativo en materia de igualdad salarial de los siguientes países:

- Caso de Islandia[33]

  Islandia cuenta con legislación en materia de igualdad salarial desde el año 1961. Sin embargo, recién en junio del año pasado, promulgaron una norma que establece que los empleadores deben someterse a la certificación de igualdad salarial utilizando una herramienta denominada "Equal Pay Standard", la cual es una aplicación desarrollada por los sindicatos de Islandia, la confederación de empresarios y los funcionarios del gobierno islandés. Se espera que los empleadores renueven su certificación de igualdad salarial cada tres años.

  La ley entró en vigencia el 1 de enero de 2018 y los empleadores con 250 o más trabajadores tienen hasta el 31 de diciembre de 2018 a efectos de obtener la referida certificación.

  Los empleadores que no se someten a la certificación se enfrentan a multas diarias. Aún no se ha decidido la cantidad de multas por día, pero de acuerdo con el Artículo 18 de la Ley de Igualdad de Estatus e Igualdad de Derechos de Mujeres y Hombres, las multas podrán llegar hasta las 50,000 coronas islandesas (equivalente a US$ 475.00).

  Como se observa, esta norma establece medidas específicas para garantizar el derecho a la igualdad salarial de las trabajadoras a través de una certificación elaborada de manera tripartita. La idea bajo este esquema de certificación trianual, es mantener monitoreado los esquemas remunerativos vigentes al interior de la empresa de tal forma que no quepa espacio a arbitrariedades que pudieran generar situaciones de desigualdad.

  Adicionalmente, como medidas complementarias, la legislación islandesa prevé las siguientes medidas: las empresas con 25 empleados o más ya están obligadas a tener un plan de igualdad de género; y los directorios de compañías con 50 o más empleados deben tener paridad de género.

[33] The Icelandic Women's Rights Association. "*Looking for information about equal pay in Iceland? All about the Equal Pay Standard*". Revisado el 17 de septiembre de 2018 en http://kvenrettindafelag.is/2018/looking-for-information-about-equal-pay-in-iceland-all-about-the-equal-pay-standard/

- Caso de Reino Unido[34]

En abril de 2017, el Gobierno promulgó un marco normativo que requiere que los empleadores con más de 250 trabajadores, informen a la Autoridad Laboral Administrativa sobre la brecha salarial al interior de las empresas, a efectos de adoptar medidas para superarla.

Las empresas tienen la obligación de brindar información detallada no solo sobre la remuneración básica mensual, sino sobre el pago de bonos, la presencia de las mujeres en cada cuartil salarial.

En este caso, se busca que, a través de la publicación de la información salarial general de la empresa, crear conciencia sobre la problemática de la igualdad salarial y presión social para que las grandes empresas reduzcan en cada entrega de información salarial el nivel de su brecha salarial.

- Caso de Suecia[35]

En enero de 2017, fue promulgada en Suecia una ley sobre igualdad salarial en virtud de la cual las empresas que empleen a más de 10 trabajadores tiene la obligación de conducir auditorías en materia de igualdad salarial a efectos de identificar cualquier brecha salarial, además de implementar un plan de acción para garantizar el derecho de los trabajadores a la igualdad salarial.

En el caso de Suecia, se ha considerado las auditorías en materia de igualdad salarial como una herramienta idónea para identificar brechas salariales y corregirlas adoptando las medidas necesarias dependiendo de la causa que la genere.

- Caso de Bélgica[36]

Actualmente, en Bélgica las empresas que emplean a 50 o más trabajadores tienen la obligación de informar cada dos años a la Autoridad Administrativa Laboral sobre sus esquemas salariales. Si luego de revisado el reporte, la Autoridad Administrativa Laboral lo considerase necesario, podrá implementar un plan de acción a efectos de garantizar que los esquemas remunerativos de la

[34] Smith, Ian y Aaron Baker. "*Smith & Wood's Employment Law*". Oxford: 2017. 13 ed. p. 374-396.
[35] Numhauser-Henning, Ann. "The Policy on Gender Equality in Sweden: document requested by the Committee On Women's Rights and Gender Equality" Revisado el 21 de septiembre de 2018 en http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510011/IPOL_STU(2015)510011_EN.pdf
[36] Erika Schulze, Willemijn de Jong, Yana Hadjihristova, Isabel Scott, Julia Linares and D. Ghailani, "The Policy on Gender Equality in Belguim: document requested by the Committee On Women's Rights and Gender Equality" Revisado el 21 de septiembre de 2018 en http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/519192/IPOL_IDA(2015)519192_EN.pdf

empresa no tomen en cuenta ninguna consideración relacionada con el género o sexo de los trabajadores.

Bajo el modelo belga, es la Autoridad Administrativa Laboral la entidad encargada de dirigir a las empresas respecto al camino y medidas que deberán adoptar de acuerdo a sus características específicas a efectos de garantizar el derecho de los trabajadores a la igualdad salarial.

Como se puede observar son diversos los mecanismos recogidos por las normas laborales para eliminar la brecha salarial por género al interior de las empresas, siendo que cada Estado ha escogido el que mejor se adecúa a su realidad y circunstancias específicas, dejando de lado posiciones abstencionistas a efectos de regular un problema tan complejo como lo es la brecha salarial y lograr, así, una solución.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La brecha salarial por género es una problemática compleja y multicausal. Para su superación resulta necesario que los Estados asuman un rol activo a efectos de implementar medidas idóneas, de acuerdo a su contexto social.

En el caso peruano, el Estado, en estricto cumplimiento de sus obligaciones internacionales, ha decidido promulgar una primera norma sobre igualdad remunerativa con medidas específicas destinadas a reducir la arbitrariedad en la determinación de salarios al interior de las empresa y garantizar, así, el derecho de los trabajadores a recibir un salario igual por trabajo de igual valor.

Sin duda la promulgación de la ley de igualdad remunerativa y su reglamento es un gran primer paso, sin embargo, a efectos de reducir la brecha de género, es necesario implementar medidas complementarias destinadas a atacar las causas subyacentes a esta problemática.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, PATRICIA.

2017 "*La Brecha Salarial: tendencias y explicaciones*". Consulta 28 de septiembre en <http://ctxt.es/es/20180328/Politica/18747/Brecha-salarial-tendencias-explicacion-estudio.htm>

CAPITAL HUMANO

2018 "*Brecha salarial por género en países del OCDE*". Revisado el 21 de junio de 2018 en http://capitalhumano.emol.com/11194/ranking-brecha-salarial-genero-paises-ocde/

CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN.

1994 "*El Principio de Igualdad material*" en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. S4. Abril-Junio 1994.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

2006 Casación Laboral N° 208-2005, Pasco

2013 Casación Laboral N° 3164-2010, Junín

2014 Casación Laboral N° 16927-2013, Lima

2014 Casación Laboral N° 3159-2010, Junín

GUIBOURG, CLARA.

2018 "*Gender pay gap: Six things we've learnt*". Consultado el 30 de septiembre de 2018 en https://www.bbc.com/news/business-43668187

MARCAL, KATRINE.

2016 "*¿Quién le hacía la cena a Adam Smith? Una historia de las mujeres y la economía*". Barcelona: Penguin Random House Group Editorial.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO.

2018 "*Guía que contiene las pautas referenciales que pueden ser utilizadas por la entidad empleadora para evaluar puestos de trabajo y definir el cuadro de categoría y funciones*". Lima: 2018. p. 9.

NUMHAUSER-HENNING, ANN

2015 "The Policy on Gender Equality in Sweden: document requested by the Committee On Women's Rights and Gender Equality" Revisado el 21 de septiembre de 2018 en http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510011/IPOL_STU(2015)510011_EN.pdf

OECD

2018 "*Gender Wage Gap data*" Consultado el 25 de septiembre de 2018 en http://www.oecd.org/gender/data/gender-wage-gap.htm

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

2009 "*Promoción de la Igualdad salarial por medio de la evaluación no sexista de los empleos: Guía Detallada*" Ginebra.

2012 "*Dar un rostro humano a la globalización, Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones 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, Informe III (Parte 1B), Conferencia Internacional del Trabajo*", 101ª Reunión, Ginebra.

2016 "*Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*" Ginebra.

2018 "*La Brecha Salarial en América Latina: Estimaciones para cuatro Países (Costa Rica, México, Perú Y Uruguay)*". Ginebra.

SANCHEZ-JUAREZ, ANNA.

2018 "*Las mujeres negocian las subidas de sueldo con menor éxito que los hombres*". Consultado el 15 de septiembre de 2018 en <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2018/185-mujeres-salario.html>.

SCHULZE ERIKA, WILLEMIJN DE JONG, YANA HADJIHRISTOVA, ISABEL SCOTT, JULIA LINARES AND D. GHAILANI

2015 "The Policy on Gender Equality in Belguim: document requested by the Committee On Women's Rights and Gender Equality" Revisado el 21 de septiembre de 2018 en http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/519192/IPOL_IDA(2015)519192_EN.pdf

SMITH, IAN Y AARON BAKER

2017 "*Smith & Wood's Employment Law*". Oxford: 2017. 13 ed. p. 374-396.

RUSH, CASSIDY.

2016 "*Gender Pay Gap Is Real And This Proves It*". Consulta 28 de septiembre en <https://www.elitedaily.com/women/everything-need-know-gender-pay-gap/1645825>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2004 Expediente 00606-2004-PA/TC

THE ICELANDIC WOMEN'S RIGHTS ASSOCIATION.

2018 "*Looking for information about equal pay in Iceland? All about the Equal Pay Standard*". Revisado el 17 de septiembre de 2018 en http://kvenrettindafelag.is/2018/looking-for-information-about-equal-pay-in-iceland-all-about-the-equal-pay-standard/

CONFERENCIA MAGISTRAL DE CLAUSURA

NUEVOS INDICIOS DE LABORALIDAD APLICABLES A LAS EMPRESAS QUE PRESTAN SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

ADRIÁN TODOLÍ SIGNES[1]

I. DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA A LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS DIGITALES

Es habitual escuchar en prensa y en medios de comunicación recientemente el término economía colaborativa. Este término es usado coloquialmente en referencia a todas aquellas empresas que intermedian en la oferta y demanda de bienes o de prestación de servicios a través de una plataforma virtual (página web, aplicación móvil, etc.). La razón inicial que justifica este término de «Economía colaborativa» aplicado a este tipo de empresas proviene de la idea fundamental de que todo el mundo en nuestra casa tenemos bienes infrautilizados y que gracias a estas plataformas virtuales podemos poner en el mercado y obtener un rendimiento de ellos. Un ejemplo paradigmático es el taladro, el cual habitualmente se compra para colgar un cuadro y posiblemente se guarda en el armario sin volver a ser usado. De esta manera, gracias a estas plataformas virtuales la persona que quiere colgar un cuadro no necesita comprar uno, sino que simplemente puede, a través de la plataforma, encontrar a un vecino cercano que esté dispuesto a permitirle el uso de ese taladro a cambio de un precio (intercambio entre particulares). Con esta idea primigenia aparecen muchas plataformas con diferentes negocios como pueden ser Airbnb (alquiler de habitaciones) o BlaBlacar (alquiler de plazas vacantes en un viaje).

Si se ha definido la economía colaborativa como empresas que buscan explotar bienes infrautilizados, difícilmente esto será aplicable a la prestación de servicios. Con el objetivo de integrar a los prestadores de servicios a través de plataformas virtuales dentro

[1] Profesor Ayudante, Doctor Derecho del trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Valencia

de la economía colaborativa, se ha pretendido argumentar que la prestación de servicios se hace con el objetivo de permitir a las personas dar uso a su tiempo «infrautilizado». Sin embargo, en mi opinión, en referencia a una persona el tiempo «infrautilizado» es simplemente tiempo libre que la persona puede decidir ofrecer en el mercado si lo cree conveniente. De esta forma, a mi juicio, cuando hablamos de prestación de servicios difícilmente se puede hablar de colaboración entre particulares, puesto que el sujeto que realiza la prestación no está poniendo en el mercado un bien infrautilizado (esencia de la economía colaborativa) sino ofreciendo su tiempo a cambio de dinero –como cualquier profesional o trabajador–. Por ello, cuando se habla de plataformas donde se ofrecen servicios, no se estaría ante la economía colaborativa sino ante la llamada economía bajo demanda o «*Gig* » *economy* o simplemente trabajo en plataformas digitales[2]

II. LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS DIGITALES: UNA NUEVA FORMA DE ORGANIZAR EL TRABAJO

La economía de paltaformas, por tanto, está formada por aquellas empresas que a través de una plataforma virtual (app, página web, etc.) organizan la prestación de un servicio. Las empresas de la nueva Gig economy, toman una prestación de un servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador, y la descentralizan hacia un indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria. El modelo cuenta con tres elementos; i) por una parte, los «solicitantes», que son empresas o particulares que requieren que se realice en su beneficio una prestación de un servicio; ii) los trabajadores que prestan los servicios; iii) y, en tercer lugar, las plataformas virtuales que se encargan de utilizar las tecnologías de la información para unir oferta y demanda y que perciben un porcentaje por cada prestación de servicios realizada. Este modelo de negocio puede utilizarse para prácticamente cualquier tipo de servicio, especializado o no especializado. Algunos ejemplos de servicios que se pueden prestar con esta modalidad pueden ser; los servicios de transporte («taxi»); reparto a domicilio; lavandería; entrenadores personales; montaje de muebles; diseño gráfico: fotografía; formación; guías turísticos; traducción; cocina, etc. Como se ve, prácticamente cualquier empleo actual puede verse transformado.

La característica común de todas estas empresas es que aquellos que prestan el servicio (la mano de obra) no son contratadas como trabajadores de la empresa (como lo haría una empresa tradicional) sino como trabajadores autónomos que no tienen derechos laborales. De esta forma, la empresa consigue prestar el servicio de forma mucho más barata (sin afrontar costes como las vacaciones retribuidas, el salario mínimo, la cotización al Régimen General de la Seguridad Social, etc.). La justificación de la utilización de la figura de los trabajadores autónomos proviene de que, de acuerdo con las empresas, gracias a esta nueva forma de organizar el trabajo a través de plataformas

[2] **TODOLI SIGNES**, A., *El trabajo en la era de la Economía Colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017 y **TODOLI SIGNES, A y HERNARDEZ BEJARANO M**., (Dir.) *Trabajo en plataformas digitales*, Aranzadi, 2018.

virtuales, el trabajador es libre de elegir su horario de trabajo, su jornada de trabajo e incluso decidir cómo ejecuta el trabajo3.

III. LA SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO ESENCIAL PARA LA PROTECCIÓN

A efectos de lo que interesa en el presente estudio, una de las características más relevantes a efectos laborales del modelo de negocio descrito es la independencia o falta de subordinación del prestador de servicios. En la mayoría de los casos, el prestador personal de servicios va a poder elegir en qué momento presta servicios –horario–, y durante cuánto tiempo –jornada–, e incluso parece haber bastante libertad en el modo de ejecución del trabajo. De esta forma, estos negocios abandonan la idea del control en la ejecución del trabajo para evaluar solamente los resultados de la prestación. Este cambio de paradigma no es baladí. En todo el mundo, la principal característica que da pie a la protección de las leyes laborales es la existencia de una relación subordinada. En efecto, el modelo de protección actual gira en torno a la existencia de dependencia en la prestación de los servicios como característica principal del contrato de trabajo. Esta menor dependencia provoca que no se les esté clasificando como trabajadores, sino como autónomos. Se entiende que estos trabajadores responden a una realidad distinta del trabajador y, por tanto, no requiere la protección clásica del contrato de trabajo.

Así pues, ante el surgimiento de este nuevo modelo de negocio (o nueva forma de organizar el trabajo), el Derecho del Trabajo se enfrenta a su mayor reto, y es que si se cumplen las predicciones y este nuevo modelo de negocio ha nacido para sustituir al viejo (como la aparición de la fábrica hizo desaparecer los pequeños talleres gremiales), el Derecho del trabajo puede quedarse sin sujeto que proteger y los trabajadores quedarse sin legislación alguna que les proteja.

Ante este reto, se plantean al menos dos cuestiones. 1) ¿Es este realmente un trabajo «no subordinado»? (cuestión jurídica); y una segunda, 2) ¿El Derecho del Trabajo debería limitarse a proteger el trabajo subordinado? (cuestión ética, sociológica, económica, política del derecho).

IV. LOS NUEVOS INDICIOS DE LABORALIDAD

Uno de los debates más acuciantes que existen actualmente en la disciplina del Derecho laboral consiste precisamente en la identificación del trabajo subordinado. Como se ha dicho, las protecciones legales, actualmente, solo se aplican a los trabajadores subordinados lo que implica que la primera labor consiste en conocer si determinado trabajador es subordinado (tiene derechos laborales) o es autónomo (no los tiene).

En este sentido, los indicios de laboralidad hacen referencia a las manifestaciones externas existente entre una persona que presta servicios y aquella que contrata dichos

3Para saber más sobre cómo funcionan estas empresas consultar TODOLI SIGNES, A., *El trabajo en la era de la Economía Colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017.

servicios que permiten identificar si la primera está subordinada a la segunda o no. El indicio clásico es la emisión de instrucciones por parte del beneficiario de esos servicios que el trabajador debe cumplir. En efecto, es por todos sabido que el trabajador debe cumplir las instrucciones de su empresario durante el trabajo. También son indicios clásicos que el capitalista es el propietario de los medios de producción y el trabajador aporta simple mano de obra, así como, la fijación al trabajador de un horario y la prestación del servicio en el centro de trabajo propiedad del empresario, entre otros.

Sin embargo, muchos de estos «indicios» son manifestaciones de subordinación del modelo organizativo del siglo pasado que hoy en día no se encuentran en las empresas del nuevo siglo –especialmente en empresas de la Gig Economy– precisamente porque su modelo organizativo es nuevo.

De esta forma, es necesario buscar nuevas herramientas que permitan identificar correctamente a los sujetos que necesitan protección a pesar de que las formas organizativas hayan cambiado. Estas herramientas es lo que yo llamo los «nuevos indicios de laboralidad» derivado de la digitalización. Algunos de ellos son los siguientes4:

1. *Reputación online:* Las empresas tradicionales siempre han preferido utilizar personal formado por la empresa que asegure la calidad del producto o la prestación del servicio ofrecido por la compañía; personal sujeto a controles de entrada –entrevista de trabajo y procesos de selección–; controles de calidad del trabajo –supervisión por mandos intermedios–, y control de salida –poder disciplinario–. Sin embargo, hoy en día para conseguir mantener la calidad de los servicios prestados por las personas ya no es necesario todo esto: gracias a la tecnología.

   Hoy en día, las entrevistas de trabajo, los procesos de selección, los mandos intermedios; son sustituidos por la reputación online. Esto es, por la posibilidad que ahora tiene el cliente de un servicio de valorar la calidad del servicio recibido mediante la tecnología. Antes de la existencia de la reputación online, la empresa necesitaba asegurarse de que los servicios prestados por sus trabajadores eran de calidad. Y lo hacían a través de dar formación al trabajador, de los mandos intermedios, etc. Hoy en día con el sistema de valoración por “estrellitas”, el cliente le dice a la empresa quién es un buen trabajador y quien es malo de forma muy barata para la empresa, lo que permite a la empresa despedir a los trabajadores «malos» y quedarse con los «buenos» (poder disciplinario) o dar más trabajo a los mejores trabajadores (poder organizativo).

   Además, piénsese que los mandos intermedios y los procesos de selección son caros, mientras que el sistema de reputación online, el cliente dona gratuitamente a la empresa toda esta información, ahorrando mucho dinero a la empresa.

   Por supuesto, algo que comparten, las antiguas formas de relación empresario trabajador y las nuevas es el despido. En efecto, las empresas de economía

4En el libro de mi autoría titulado *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017, recojo un total de 18 nuevos indicios de laboralidad.

colaborativa se basan en «desactivar» al trabajador que no tengan un mínimo de puntuación positiva en los sistemas de reputación online. De esta forma, la calidad del servicio se ve asegurada mediante la separación del trabajador de la plataforma virtual.

En definitiva, el trabajo en las empresas de economía colaborativa, en muchas de ellas, es el mismo que el trabajo subordinado y por cuenta ajena de siempre con la diferencia de que la tecnología cambia la forma de controlar el trabajo (pero el control sigue existiendo). De hecho, dado que el trabajo es observable por el cliente en todo momento (GPS), se podría decir que estos trabajadores están más subordinados que los trabajadores de la economía tradicional.

2. *La propiedad de la información*: Quién controla la información (datos de los clientes, precios, calidad del servicio prestado) muy probablemente sea el empresario. Esto no es más que una adaptación de la clásica ajenidad patrimonial y es que en el mundo digital la mayoría de negocios no necesitan fábricas o maquinaria para funcionar sino información y datos. Por lo que el propietario de los datos será el empresario igual que lo ha sido siempre el propietario de la fábrica[5].

3. *La capacidad de crecimiento del negocio:* Se entiende que un trabajador autónomo debe aportar experiencia, formación y habilidades que la propia empresa no posee y, por ello, debe recurrir a un tercero independiente que se la provea y además su negocio debe ser «escalable». Cuando el prestador de servicios solamente aporta mano de obra sin que existan posibilidades de desarrollo empresarial habrá un poderoso indicio de laboralidad[6]

4. *Know-how:* Enlazado con lo anterior quién aporte el «conocimiento o saber hacer» del negocio será un indicio de que es el empresario, quién, en cambio, reciba de otro el Know-how, y este solo lo aplique, será trabajador. Una cuestión que en el mundo digital es clave.

5. *La ajenidad en la marca* : El trabajador, aunque trate directamente con los clientes, si lo hace bajo el paraguas de una marca ajena estará beneficiando –o perjudicando– dicha marca –como lo haría un trabajador laboral– y no su negocio –como lo haría un autónomo7. Alarcón8definió la ajenidad del mercado como una faceta de la ajenidad, por la cual al trabajador se le vetaba el acceso al mercado pudiendo prestar servicios solo a través de su empresario. Precisamente, con la interposición de una marca ajena entre el prestador de servicios y el cliente, se impide que el prestador de servicios actúe en nombre propio en el mercado.

[5] https://adriantodoli.com/2017/09/14/nuevos-indicios-de-laboralidad-en-la-economia-digital/
6Este indicio de laboralidad ya ha sido utilizado por la Inspección de trabajo concretamente en la resolución que indica que los repartidores de Deliveroo son trabajadores laborales y no autónomos.
7Este indicio también es recogido por la Inspección de trabajo en la resolución de Deliveroo al indicar que es indicio de laboralidad que los trabajadores se identificaran siempre como trabajadores de Deliveroo ante los clientes, al igual, como el hecho de que siempre llevaran distintivos de Deliveroo.
8ALARCÓN CARACUEL, M.R., «La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo» Civitas, n.º 28, 1986.

Siendo la empresa propietaria de la marca la que será reconocida como actuante en el mercado.

Además, recordemos que las pequeñas inversiones (coche, bicicleta) que el trabajador deba realizar para poder prestar servicios bajo la marca ajena, serán probablemente de un valor insignificante si lo comparamos con el valor de la marca. La propiedad industrial, además, será el verdadero medio de producción que permitirá al negocio funcionar (con ello se vislumbra también la ajenidad patrimonial clásica). Conseguir clientes hoy en día es la parte más importante de cualquier negocio –y proceso productivo de una empresa–, por lo que el propietario de la marca, muy probablemente, sea a su vez el propietario del medio de producción más importante. Quizá en el pasado, en sociedades fordistas –donde todo lo fabricado se vendía– lo importante era la fábrica, pero actualmente, derivado del aumento de la competitividad, la marca pasa a ser el medio de producción más importante de cualquier negocio.

Por otra parte, respecto a la exigencia de dependencia, recordemos que actuar bajo una marca ajena implica seguir sus directrices e instrucciones dado el interés del empresario propietario de la marca de mantener su buen nombre –como lo haría con trabajador laboral–. Es decir, si actúas bajo una marca que no es la propia, de una forma u otra estarás subordinado a esa marca.

Por todo ello, prestar servicios bajo una marca ajena –como ocurre en la Gig economy– parece que, a priori, cumpliría las dos características distintivas del contrato de trabajo; la ajenidad (mercado y patrimonio) y la dependencia9.

Como Pérez De los Cobos10 indica es necesario interpretar el concepto de contrato de trabajo en adecuación a la realidad social del momento en el que se está de esta forma si la forma de subordinar a los trabajadores cambia, habrá de estarse a los nuevos indicios de laboralidad.

En definitiva, los indicios de laboralidad son como unas gafas que el intérprete jurídico se pone para que le ayude a encontrar trabajadores laborales, por ello, si seguimos mirando con unas gafas del siglo pasado no veremos ningún trabajador laboral en el siglo XXI. Lo que hace necesario empezar a «ver» utilizando estos nuevos indicios de laboralidad.

V. EL FUTURO OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Para resolver la cuestión de si el Derecho del Trabajo debería limitarse a proteger el trabajador laboral se debe partir de la idea de que una de las razones básicas de la existencia de protección de los trabajadores es la desigualdad del poder de negociación, y la falta de una verdadera autonomía de la voluntad a la hora de aceptar las condiciones

---

9A la misma conclusión llegan los Tribunales en Inglaterra donde la Sentencia «Mr Y ASLAM, Mr J FARRAR and Others –V– Uber» indica que los conductores de Uber tienen derechos laborales. Ver un resumen en https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/

10PÉREZ DE LOS COBOS, F., «El trabajo subordinado como tipo contractual», *Documentación Laboral*, N.º 39, 1993, p. 39.

de trabajo11. En efecto, en la revolución industrial el trabajador no podía negociar sus condiciones contractuales libremente, dada la diferencia de poder frente el capitalista, propietario de la fábrica. Hoy en día, se está ante la misma situación cuando hablamos de los trabajadores en las plataformas virtuales. Los prestadores personales de servicios de Deliveroo Glovo, Getyourhero, Sandemans, no pueden negociar sus condiciones para formar parte de la plataforma, sino que solamente pueden aceptarlas o rechazarlas12. Lo mismo ocurre con el resto de plataformas.

Este desequilibrio es el principal causante de todos los riesgos a los que se someten, tanto el antiguo tipo de trabajadores como el nuevo; los bajos salarios, el exceso de «flexibilidad», la transferencia de los riesgos inherentes al negocio desde el empresario al trabajador, el «secuestro» de la clientela, etc.13 Hoy en día, el propietario de la plataforma fija las condiciones –en su beneficio– y los trabajadores deben aceptarlas o no trabajar. Por ello, el contrato de trabajo se basa fundamentalmente en normas imperativas no disponibles para las partes. La norma laboral debe imponerse a la voluntad de las partes, desde el momento en el que se comprueba que el desequilibrio de poder provoca que no exista una verdadera libertad contractual para el trabajador. En efecto, la legislación laboral, desde antiguo, impone límites a la capacidad de aceptación de ciertas condiciones laborales por parte de los trabajadores (ej. Aceptar salarios por debajo del SMI), al entender que estas nunca se aceptaban voluntariamente, sino que les eran impuestas por la contraparte.

Así pues, parece que la forma de control de los trabajadores es irrelevante respecto a la necesidad de proteger a dichos trabajadores. Esto es, que el trabajo sea subordinado o independiente realmente no es determinante a la hora de considerar si estos trabajadores requieren o no de protección legal frente abusos. Es cierto, que en el pasado –cuando aparecieron las primeras normas laborales– aquellos que necesitaban protección eran los trabajadores de la fábrica claramente subordinados, porque la tecnología y el nivel formativo de los trabajadores hacían que existiera una alta correlación entre trabajadores que necesitaban protección y trabajo subordinado. Sin embargo, en la actualidad gracias a la tecnología el trabajador cada vez es más independiente de las instrucciones de su empresa y ello no determina que el trabajador no necesite protección. Por ello, de cara al futuro parece necesario modernizar la legislación laboral para asegurar que las normas protectoras se apliquen a aquellos que necesita

11VALDÉS DAL-RÉ, F., «Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo», op cit., p 45.

12MURRAY, A., «Uber-nomics» *Fortune*, 2014, (en línea) http://fortune.com/2014/12/29/uber-nomics/ (consultado el 1 de octubre de 2015); HILLMAN, R. Y RACHLINSKI, J., «Standard-Form Contracting in the Electronic Age», *NY Law Review*, 77 (2), 2002.

13Concretamente, un informe publicado recientemente por Fundation for Progressive Studies establece que los trabajadores en plataformas virtuales trabajan más horas, cobran menos y están sujetos a mayores riesgos de acoso sexual. Además, las plataformas despiden a los trabajadores de forma arbitraria y cambian las condiciones de cobro con mucha frecuencia. Y, por último, se ha comprobado empíricamente que los sistemas de reputación online no recogen de manera justa las capacidades y el esfuerzo de los trabajadores (http://www.feps-europe.eu/en/publications/details/579#.Wh6pt4LfcRY.twitter).

protección, esto es, a las personas que viven de su trabajo (con independencia de si son trabajadores y autónomos).

HOMENAJE A FERNANDO ELÍAS MANTERO

EN RECUERDO DE FERNANDO ELÍAS MANTERO

VÍCTOR FERRO DELGADO

He recibido el encargo de efectuar una semblanza de Fernando Elías Mantero, no solo desde la perspectiva del ilustre profesional que fue sino fundamentalmente desde el ángulo de la amistad que nos unió por casi cuatro décadas.

Conocí a Fernando cuando yo me desempeñaba como practicante en el Ministerio de Trabajo a principios de los años 70. En ese entonces me correspondía revisar los recursos de apelación que presentaban los litigantes y proyectar resoluciones de segunda instancia en procedimientos administrativos de denuncias, buena parte de las cuales correspondían a casos de reposición. Rápidamente caí en la cuenta que los escritos de Fernando era los de un jurista de nota, que no sólo brillaba por la claridad de sus argumentos sino por la estrategia de sus planteamientos, los cuales evidenciaban no sólo experiencia sino principalmente lucidez en su exposición de la teoría del caso.

Fernando no solo fue un brillante litigante. Fue sobre todo un maestro que impartió valiosas enseñanzas desde distintos ámbitos: desde la cátedra, que ejerció a lo largo de su vida en cursos de pregrado y postgrado; como tratadista y autor de varios libros de derecho procesal, derecho individual y derecho colectivo de trabajo; como ponente, en diferentes congresos nacionales e internacionales así como en diversos eventos organizados por nuestra Sociedad, de la que fue miembro honorario; y como articulista, a través de su recordada revista Actualidad Laboral, que rápidamente se convirtió en la fuente de consulta por excelencia a la que recurríamos todos los que nos dedicábamos al derecho laboral. Alguna vez Fernando me comentó que la revista tenía altos costos de producción por lo que no le era rentable. A pesar de ello mantuvo su publicación durante más de 40 años, porque con el mismo espíritu con el que asumía la docencia consideraba que ese era su aporte al derecho laboral peruano.

Puedo decir sin lugar a dudas que los criterios que Fernando expresaba a través de dichos medios generaban verdaderas corrientes de opinión y por ende sus

apreciaciones eran muy valoradas. Sin embargo, ello no le impidió optar por sus propios caminos, ajeno a la aprobación externa. Antes que gregario, Fernando creía en el individualismo y le gustaba acotar que creía en *the right to be alone*, lo que en diversas ocasiones lo llevo a sustentar criterios singulares, pero siempre con profundidad y versación, como se evidencia en diversos votos en minoría emitido en laudos arbitrales en materia de negociación colectiva.

Así, Fernando era un firme creyente de la libertad, de la individualidad y por ende un consideraba que cada uno es dueño de su destino.

A pesar del amplio reconocimiento que siempre tuvo en nuestro medio, lo que incluyó recibir la Condecoración a la Orden del Trabajo, a Fernando no le entusiasmaba figurar ni aparecer en medios. Su actuación era más bien sobria y prudente pero siempre signada por la integridad. Quienes tuvieron la oportunidad de tenerlo como contraparte conocen a ciencia cierta que Fernando era un adversario de polendas, pero siempre apegado a los más altos estándares de ética profesional y solvencia moral.

Permítaseme comentar una anécdota. Nos encontrábamos reunidos cuando recibe una llamada telefónica de alguien que le hace una consulta, la cual Fernando absuelve generosamente. Seguidamente su interlocutor le pregunta si estaría interesado en actuar como árbitro en un arbitraje jurídico sobre ese mismo tema. Fernando le respondió que no obstante el interesante honorario que el caso prometía no podía participar porque su interlocutor y eventual contratante ya conocía su opinión. Fernando contaba, pues, con un agudo sentido de la integridad, la cual le permitía distinguir esa tenue línea gris que puede existir entre lo formalmente correcto y lo moralmente intachable.

Otro signo distintivo de la personalidad de Fernando era su desprendimiento. No obstante que como abogados en ejercicio podíamos transitar por los caminos propios de la competencia profesional, nunca tuvo reparos en compartir su opinión o en colaborar desinteresadamente en la solución de una consulta compleja, sometiéndose así a exigentes interrogatorios que absolvía con toda cordialidad y paciencia.

Fernando era un apasionado de la tecnología. Fue uno de los primeros en sistematizar la jurisprudencia laboral e implementar buscadores por materias, lo que le permitía identificar con solvencia las tendencias jurisprudenciales vigentes en cada materia.

Fernando provenía de una familia ejemplar. Su abuela y su madre fueron escritoras, lo que las ubicó en un rol precursor para su época. La madre Fernando fue una mujer de temple que conjuntamente con el padre, de formación militar, supieron forjar en él una personalidad que no se doblegaba ante la adversidad.

Fernando contrajo segundas nupcias con una de mis compañeras de colegio, Rosalía Mejía (ciertamente menor que yo). Rosalía fue su compañera inseparable y

formaron una pareja entrañable que se complementaba estupendamente compartiendo gustos y afinidades.

Hicimos varios viajes juntos, varios de ellos con nuestras esposas, en los que partiendo de la coartada de algún evento académico nos permitía empalmar algo de turismo sin culpa. Así, anduvimos por Buenos Aires, Montevideo, Santiago, París, Montreal y diversas ciudades de nuestro país, incluida esta acogedora ciudad de Chiclayo, así como Arequipa Cusco, Piura y Trujillo.

Con Fernando integramos el denominado Grupo de los Siete, conformado inicialmente por Luis Aparicio Valdés, Mario Pasco, Jaime Zavala, Pedro Morales, Alfonso los Heros y quien les habla. Varios de ese grupo ya no están con nosotros, pero mantenemos su espíritu con la incorporación de nuevos integrantes que lo revitalizan y le dan nuevos bríos.

Fernando hacía gala de un agudo sentido del humor. Solía llamar a Alfonso los Heros simplemente, doctor Eros. Recuerdo que varios de los que conformábamos el Grupo de los Siete nos encontrábamos en Montreal participando en un congreso regional de derecho trabajo. Fernando y yo nos acercamos a la recepción del hotel donde Fernando preguntó si el doctor Eros se encontraba en su habitación y si podríamos subir a buscarlo, remarcando notoriamente la palabra Eros. El recepcionista respondió, muy serio, que en ese hotel no se permitían situaciones de esa naturaleza y que tendríamos que buscar otro lugar para compartir con el tal doctor Eros. Demás está decir que el mote de doctor Eros persiguió Alfonso durante largos años

Compartíamos con Fernando afinidades diversas, como el gusto por el teatro de calidad y la música. En este rubro Fernando era un melómano empedernido de gustos muy variados que incluían desde los Beatles, Andrea Bocelli, ABBA o André Rieu. Nos congregaba también el gusto por la buena mesa, lo cual invariablemente nos llevaba después a encontrarnos en la senda del arrepentimiento y a iniciar las infaltables dietas que comenzaban los lunes y terminan los martes.

Fernando gozaba del ballet, las historias policiales y de las que desarrollaban casos judiciales. Su héroe de referencia era El Quijote. Fue él quien me comentó por primera vez del trabajo del profesor trujillano, José Montenegro Baca titulado “El trabajo y Don Quijote”, que trata sobre el vínculo laboral entre el Quijote y Sancho Panza. Como el caballero de La Mancha, Fernando se enfrentó a los molinos que la adversidad le puso delante a lo largo de la vida. Al final, luchó con entereza contra su enfermedad con la certeza de quien sabe que enfrenta una la batalla desigual, pero a la que salió a hacerle frente con energía y dignidad.

Un poema al que Fernando le gustaba citar era uno que Rudyard Kipling dedica a su hijo. Permítaseme reproducir algunos de sus fragmentos, que creo resumen algunas de las convicciones más íntimas de Fernando:

Si

Si puedes soñar-y no hacer de los sueños tu maestro;
Si puedes pensar-y no hacer de los pensamientos tu objetivo;
Si puedes encontrarte con el triunfo y el desastre
y tratar a esos dos impostores exactamente igual,
Si puedes soportar oír la verdad que has dicho
retorcida por malvados para hacer una trampa para tontos,
O ver rotas las cosas que has puesto en tu vida
y agacharte y reconstruirlas con herramientas desgastadas;
Si puedes hablar con multitudes y mantener tu virtud
o pasear con reyes y no perder el sentido común;
Si ni los enemigos ni los queridos amigos pueden herirte;

Tuya es la Tierra y todo lo que contiene,

Fernando, tu partida nos deja un vacío enorme. Descansa en paz, querido amigo, tu recuerdo permanece en nosotros.

VÍCTOR FERRO DELGADO

HOMENAJE A FERNANDO ELÍAS MANTERO

FERNANDO VARELA BOHÓRQUEZ

Fernando Elías Mantero obtuvo su título de abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en 1963, casa de estudios en la que obtuvo el grado académico de Doctor en Derecho en 1973.

Ya en 1971 había sido designado como Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, dictando por 47 años ininterrumpidos los cursos de Derecho del Trabajo (Individual y Colectivo) y Derecho Procesal del Trabajo, llegando a ser Director Académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, lo que hoy se conoce como Decano de la Facultad.

También fue, en dos períodos, Director de la Sección de Posgrado de la Facultad de Derecho, liderándola en su camino a ser una de las mejores del país.

En 1975 fundó la Revista Actualidad Laboral, a la que destinó horas de esfuerzo y mucha dedicación, convirtiéndola en la primera revista digital especializada en derecho laboral del Perú y actualmente, uno de sus mayores legados en el aspecto académico. Actualidad Laboral, luego de 43 años, aún se mantiene en vigencia, siendo la más antigua en el Perú especializada en Derecho del Trabajo y en cuyas páginas el Doctor Fernando Elías Mantero sustentó, con la claridad intelectual que lo caracterizó, los temas más polémicos de la rama del Derecho del que era ferviente apasionado. Hoy su revista se mantiene en el tiempo, con un formato moderno, pero con el espíritu de siempre, ser una plataforma de conocimiento libre y democrático, en la que participen todos los actores del Derecho Laboral del Perú, desde todas sus vertientes y posiciones.

Paralelamente a su desarrollo académico, fundó el Estudio Elías Mantero, en el que desarrolló otra rama de la profesión que lo apasionaba, el litigio. El Doctor Fernando Elías Mantero fue uno de los baluartes de la litigación oral en materia laboral del país, reafirmado en las Salas de Audiencias judiciales lo que durante más de 47 años enseñó en las aulas a más de 50 mil alumnos en el desarrollo de su carrera de docente.

Fue miembro honorario de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y autor de muchas obras sobre Derecho del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo, de las cuales recordamos “El Procedimiento Administrativo de Denuncias”, “El Procedimiento de Negociación Colectiva”, “Derecho Laboral: Relaciones Colectivas de Trabajo” y “La Compensación por Tiempo de Servicios”, entre otras.

Pero más allá de lo reseñado, el Doctor Fernando Elías Mantero fue la representación de la caballerosidad y carisma en el desarrollo de la profesión de abogado. Un espartano en la defensa del cliente y de su Universidad de San Martín de Porres, y un caballero al momento de atender al colega vencido o de atender las consultas de sus colegas, de los que decía, “para mí siempre serán mis alumnos y mi deber es atenderlos”.

Fue en definitiva la clase de abogado de los que se aprende hasta observándolo en silencio, maestro en cada uno de los pasos que dio en el camino de la vida, iluminando con su presencia la vida de su familia, sus amigos, colegas y discípulos.

Conocí a Fernando Elías Mantero en el mes de diciembre del año 1999, cuando, en compañía de un antiguo amigo, asistimos a su Estudio para que me absolviera un problema laboral que me tenía preocupado, ya que yo para poder pagar mis estudios trabajaba en una empresa editora y se me informó que ya no requerían de mis servicios de forma típicamente abrupta. Cuando le conté mi problema y mis preocupaciones recibí por parte de él, una clase personal y privilegiada sobre la desnaturalización del contrato de trabajo, el principio de primacía de realidad, el derecho a la indemnización por despido arbitrario, el pago de beneficios sociales y la importancia, en estos casos menores, de la inspección de trabajo o al menos “el aviso” al empleador de acudir a ella.

Luego de esa reunión, no les miento, mi joven corazón de estudiante de cuarto año de la carrera de Derecho, flamante despedido, supo que mi vida estaría ligada permanentemente al Derecho del Trabajo, claro, aún no tenía idea que el destino me tenía reservado el privilegio de ser discípulo del Maestro Elías, aquel profesional que en ese momento de miedo y duda juvenil me absolvió una consulta y que después me permitió aprender de él, y ser su apoyo incondicional en todo momento.

Efectivamente, en mi época de estudiante de cuarto año, mi Universidad no permitía la elección del docente al momento de la matrícula, por lo que me matriculé en el curso de Derecho Individual Laboral sin tener la menor idea que era dictada por el Doctor Fernando Elías Mantero, al mismo tiempo, por intermedio de otro gran amigo, conseguí practicar en la Gerencia Legal del Banco Central de Reserva, precisamente en el Área de Derecho Laboral a cargo de Haydee Alvizuri Cosio, también una gran persona y mejor profesional.

Entonces para mí era claro que esa corazonada de diciembre de 1999 era certera, pues a inicios del nuevo milenio yo me encontraba practicando en el Área Laboral de una importante institución y me dictaba el curso de Derecho Laboral Individual aquel Maestro que con sus consejos logró que se me reconocieran mis derechos laborales, y obtuviese, sin proceso judicial alguno, una suma de dinero que me permitió finalizar los estudios sin sobresaltos. Pero mi suerte era mayor, ya que Fernando Elías Mantero era asesor del

Banco donde practicaba y, esporádicamente, lo veía en las reuniones de trabajo a las cuales me “colaba” para poder seguir aprendiendo de sus brillantes exposiciones y respuestas sagaces y tranquilizadoras.

Luego de nueve meses de iniciadas mis prácticas me informaron que por política del Banco no podían ser renovadas. Sin embargo, grande fue mi sorpresa cuando recibí una llamada en mi casa, era el Doctor Elías quien, apenas terminé de saludarlo, me preguntó muy amablemente qué estaba haciendo y cuando me disponía a elaborar una respuesta, sin siquiera dejar que termine me dijo “te espero el lunes a las 8:00 am, ya conoces la dirección de mi oficina”.

Así, en febrero del año 2001, empecé un camino lleno de satisfacciones al lado de mi Maestro, Fernando Elías Mantero, quien con una manera muy propia me enseñó desde el saludo al colega adversario, hasta el recurso argumental menos esperado para poder sostener la teoría del caso, pero principalmente, a la caballerosidad como moneda de cambio permanente.

Gracias a él aprendí a amar de lo que hoy vivo, entendiéndose que la vida no es la mera subsistencia, sino la pasión que da energía a cada uno de nuestros pasos o, ahora, su recuerdo, que me obliga a trascender y dejar en alto siempre su buen nombre y reputación.

Fernando Elías Mantero vivió de tal forma que la pena de su ausencia aún se siente, ante cada pregunta sobre él, ante cada video que debo visualizar para preparar una defensa, ante el recuerdo o las anécdotas de los dirigentes sindicales cuando nos encontramos en negociación o ante la lectura de sus argumentos en los laudos arbitrales a los que muchas veces nos debemos remitir. Su ausencia duele, pero también fortalece, ya que preservar su buen nombre es lo que hoy nos da la fortaleza para seguir el camino que andábamos, pero “ahora”, sin él.

Gracias Maestro por todo, su legado y su presencia serán infinitas y pronto o tarde volveremos a vernos para juntos ensayar en voz alta esa frase de batalla que nos planteábamos ante cualquier adversidad: **Avanti, bersaglieri, che la vittoria é nostra**, avancen soldados que la victoria es nuestra.

FERNANDO VARELA BOHÓRQUEZ