

- STC 2488-2002-HT/TC, de fecha 18 de marzo de 2004, Genaro Villegas Namuche.
- STC 2945-2003-AA/TC, de fecha 20 de abril de 2004, Azanca Alhelí Meza García.
- Sentencia T-076/01 de fecha 19 de enero de 2001, Exp. T-340808, Oscar Angulo Navarro.
- Sentencia de fecha 6 de abril de 2006, Asunto C124/05, contra el gobierno neerlandés.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA REMUNERACION Y LA CONCILIACION

CARLOS JIMÉNEZ SILVA*

Sumario

Introducción. I. Ambito de aplicación y protección del derecho constitucional a la remuneración: 1. La remuneración mínima vital 2. El carácter preferencial de la remuneración. 3. El carácter persecutorio de la remuneración. 4. Derecho constitucional de aplicación mediata o diferida II. El principio de irrenunciabilidad de derechos frente al pago preferencial de las remuneraciones. III. Los derechos laborales y su libre disponibilidad por el trabajador: IV. Límites al principio de irrenunciabilidad de derechos frente al derecho constitucional a la remuneración. V. La conciliación laboral. VI. Tipos de conciliación laboral. VII. La conciliación laboral y el derecho constitucional a la remuneración: 1. En un proceso judicial donde se discute la naturaleza jurídica de la relación de trabajo. 2. En un proceso judicial donde se discute el número de días que deben ser materia de reintegro de remuneraciones a un ex trabajador. 3. Respecto al pago preferencial del reintegro de remuneraciones a un ex trabajador. 4. Respecto al carácter persecutorio del reintegro de remuneraciones a un ex trabajador. VIII. La homologación. IX. Conclusiones. Bibliografía.

* JIMENEZ SILVA, Carlos. Magister en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Profesor en las Maestrías de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, y de Administración de Recursos Humanos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende, partiendo del desarrollo del derecho constitucional a la remuneración, contestar la siguiente pregunta: ¿Cuál es el límite para disponer de este derecho constitucional laboral por el trabajador frente a una conciliación?

El tema resulta importante y oportuno si consideramos que el artículo 26 inciso 2 de la Constitución establece que son irrenunciables los derechos reconocidos en la misma y la Ley, uno de los cuales es la remuneración, en tal sentido: ¿serán irrenunciables todos los derechos constitucionales laborales?; ¿se vaciaría de contenido el derecho constitucional a la remuneración si no se respetan determinados derechos derivados de la remuneración como su carácter preferencial y persecutorio? ¿En dichos supuestos, que sentido tendría la conciliación como mecanismo de solución de conflictos laborales? Toda conciliación supone renuncia de derechos, como principal herramienta de solución de conflictos laborales. En tal sentido existe la homologación para las conciliaciones generadas fuera de un proceso judicial¹. ¿Tiene razón de existir la misma? ¿En qué supuestos?

Según algunos autores, los derechos laborales nacidos de la constitución o la ley no pueden ser materia de conciliación, sólo el reconocimiento de derechos laborales, que se deriven de una relación jurídica que se ha laborizado en aplicación del Principio de Primacía de la Realidad o por apercibimiento de la Ley². ¿Esto es verdaderamente así?

Para contestar dichas interrogantes partimos del desarrollo del derecho constitucional a la remuneración y los derechos que doctrinariamente pueden ser materia de disposición o no por el trabajador, y, sobre dicha base, determinar si la conciliación (judicial, administrativa o privada) puede ser un medio para renunciar a determinados derechos constitucionales laborales y de que tipo serían los mismos.

¹ Según el artículo 4 inciso 1 literal g) de la Ley N° 26636, son homologables las conciliaciones privadas.

² Se pueden encontrar diferencias entre la presunción legal de laborización de una relación jurídica y el principio de primacía de la realidad, como son las siguientes: El principio de primacía de la realidad importa un procedimiento; mientras que la presunción legal de desnaturalización de la relación de trabajo se aplica en forma automática, de cumplirse el supuesto previsto en la ley; el principio de primacía de la realidad se aplica en defecto o deficiencia de la norma; en cambio la presunción legal se aplica en forma automática, sin estar condicionada su aplicación. Un estudio más amplio se puede encontrar en: JIMÉNEZ SILVA, Carlos. La Presunción de Laboralidad en la Relación Jurídica Deriva de la Celebración de Contratos de Locación de Servicios en las Entidades Financieras en Liquidación con Participación del Estado. En Dialogo con la Jurisprudencia N° 95. Agosto 2006.

I. AMBITO DE APLICACIÓN Y PROTECCION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA REMUNERACION

La Constitución de 1993, regula la finalidad de la remuneración, indicando que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Esto supone una declaración de principios respecto a este derecho constitucional que posteriormente será objeto de desarrollo a nivel infraconstitucional en los artículos 6 y 7 del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR y el artículo 10 del Decreto Supremo N° 001-96-TR.

Respecto a la constitución de 1979 se ha cambiado el término de remuneración justa por el de equitativa y suficiente. Sobre el particular, creemos que dicho cambio de adjetivos no resuelve la imprecisión del término remunerativo en la medida que persiste la duda entre la cantidad y calidad del trabajo aportado y el monto que se paga como contraprestación del mismo³.

No obstante lo expuesto, se sigue manteniendo la imprecisión del término remuneración equitativa y suficiente en el artículo 32 del Proyecto de Ley de la Reforma de la Constitución⁴.

Respecto a la suficiencia en la remuneración, entendemos que será tal si permite al trabajador y a su familia satisfacer sus necesidades mínimas, las cuales están en función de la satisfacción de las necesidades básicas de alimentación, salud, educación y vivienda, calculadas sobre la base de una canasta básica familiar.

1. La remuneración mínima vital

El artículo 24 de la Constitución, establece que es el Estado el obligado a establecer las remuneraciones mínimas con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y empleadores.

³ Según Pedro MORALES CORRALES. En su artículo La Remuneración o Salario (Materiales de Lectura de Derecho Laboral I. Universidad de Lima) se inclinan por la mejora del cambio de término de remuneración justa por equitativa y suficiente. En tanto, la primera es una correlación exacta entre el trabajo que se presta y la remuneración que se recibe; en cambio, la segunda, puede no ser estrictamente justa, pero satisfacer las necesidades reales del trabajador y su familia.

⁴ Este proyecto fue elaborado en cumplimiento de la Ley N° 27600, por la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, el cual concluyó de elaborarse el 8 de julio del 2002.

No obstante lo expuesto, la Remuneración Mínima Vital se ha dado en función de decretos supremos dados por el Poder Ejecutivo en forma unilateral y no sobre la base del consenso del Estado con los interlocutores sociales⁵.

Al adoptarse en el mencionado artículo, una forma plural para referirse a las remuneraciones, deja libertad al Estado para fijar más de una remuneración mínima, atendiendo a la edad, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. Así, a nivel infraconstitucional, se ha establecido por el artículo 6 inciso b) del Decreto Supremo N° 017-91-TR, que corresponde al Comité Nacional de la Remuneración Mínima Vital proponer al Ministerio de Trabajo los montos y tipos de RMV en función de cada actividad económica y región.

Finalmente, a diferencia de la constitución pasada, ya no está previsto el reajuste de remuneraciones, de darse las condiciones adecuadas. Así, se promulgó el Decreto Legislativo N° 757, y, posteriormente, los Decretos Leyes números 25872 y 25876, que prohibieron que se pacte a través de convenios colectivos aumentos remunerativos sobre la base del índice de precios al consumidor o teniendo como referencia el tipo de cambio de determinada moneda extranjera.

La Remuneración Mínima Vital debería tener un reajuste gradual periódico, para compensar la pérdida del poder adquisitivo. En tal sentido, se debería vincular los reajustes del salario a la evolución de una canasta mínima. El reajuste de los salarios debería relacionarse a los aumentos de la productividad del trabajo y la inflación, utilizando como medio la negociación colectiva⁶.

En concordancia con lo señalado, está el Convenio OIT número 26, sobre fijación de métodos de salarios mínimos, ratificado por el Perú por Resolución Legislativa N° 14033. Este, establece la obligación de los Estados para realizar cálculos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores, para estos efectos, previa consulta de las organizaciones de los interlocutores sociales, determinarían a quienes se aplican los salarios mínimos.

5 El Consejo Nacional de la Remuneración Mínima Vital (RMV), encargado de estudiar y proponer al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo los montos de las remuneraciones mínimas, de acuerdo a la realidad de cada región y en función de las distintas actividades económicas se ha constituido para tal efecto. Conforme el artículo 6 del Decreto Supremo N° 017-91-TR. Pero no ha tenido ninguna operatividad.

6 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derecho a la Remuneración. Tomo I. Constitución Comentada. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2005. Pag. 540.

2. El carácter preferencial de la remuneración

El privilegio en el pago de las remuneraciones, parte del artículo 24 segundo párrafo de la Constitución, el cual señala que el pago de la remuneración y beneficios sociales tiene prioridad sobre cualquier obligación del empleador⁷.

En cuanto al ámbito de aplicación del concepto que se desarrolla, entendemos que el privilegio comprende tanto al carácter preferencial como al carácter persecutorio de los beneficios sociales.

El carácter preferencial, supone que los créditos laborales tienen preferencia de pago sobre cualquier otra obligación de carácter no laboral del empleador.

Este artículo, ha sido desarrollado a nivel infraconstitucional, pero no en forma concordante. Así, se pueden encontrar tres tipos de procesos liquidatorios de empresas, y, que en dos de ellos, las normas que los regulan, establecen como obligación para el empleador una preferencia distinta para al pago de los derechos laborales de sus ex trabajadores. Estos son:

- A) El procedimiento de liquidación establecido en la Ley General de Sociedades, en cuyo caso los beneficios sociales se pagan por el empleador, conforme el orden prelatorio señalado por los artículos 1 y 3 del Decreto Legislativo N° 856. En este supuesto, están incluidos dentro del primer orden los intereses que se generen como consecuencia del incumplimiento en el pago de las obligaciones, por cuanto los créditos laborales incluyen los beneficios establecidos por ley a favor de los trabajadores, y una norma con rango de ley regula el pago de intereses de beneficios sociales, esto es el Decreto Ley N° 25920⁸.
- B) El procedimiento de disolución y liquidación establecido por la Ley General del Sistema Concursal número 27809, en cuyo artículo 42 numeral 42.1, establece que el pago de remuneraciones y beneficios sociales, y, los intereses que generen, están en primer orden predatorio. Criterio que guarda concordancia con lo señalado por el Decreto Legislativo N° 856.

7 Según el criterio adoptado por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los beneficios sociales incluyen a la remuneración, al establecer que la primera consiste en todos los conceptos que percibe el trabajador con independencia de su origen y su naturaleza. De acuerdo a esta interpretación resulta redundante mencionar separadamente la remuneración y los beneficios sociales.

8 Conforme la teoría de la continuidad, las normas dadas por el gobierno de facto como son los Decretos Leyes, continúan teniendo validez con la restauración de un gobierno constitucional y tendrán plena validez mientras no sean modificadas por el procedimiento constitucional respectivo. La teoría de la continuidad es de aplicación en nuestro sistema legal, conforme el artículo 2 de la ley Constitucional promulgada el 6 de enero de 1993.

C) El procedimiento de disolución y liquidación establecido por la Ley del Sistema Financiero y de Seguros, aprobado por la Ley N° 26702, aplicable a las empresas financieras y de seguros, las cuales están excluidas del ámbito de aplicación de la normas del sistema concursal, según el artículo 2 numeral 2.2 de la indicada norma. El artículo 117 de la precitada disposición, señala que en primer lugar se paga el capital de las remuneraciones y beneficios sociales de los ex trabajadores, y, luego, los capitales de las demás obligaciones a cargo del empleador, conforme el orden de prelación establecido en dicho artículo.

Respecto a los intereses generados por el no pago de remuneraciones y beneficios sociales, su abono se podrá efectuar una vez que se cumpla con el pago de todos los capitales adeudados por el empleador, tanto laborales como de otra índole.

Lo antes expuesto, demuestra que no hay un criterio uniforme en las normas de desarrollo constitucional respecto a la prioridad en el pago de remuneraciones y beneficios sociales. En consecuencia, es una tarea pendiente por resolver.

Finalmente, el Convenio OIT N° 95 del 8 de junio de 1949, relativo a la protección del salario, ha sido superado ampliamente por las normas antes mencionadas, lo que guarda concordancia por cuanto no ha sido materia de ratificación por el Perú. Este convenio establece que la protección es sólo respecto a los salarios, no así respecto a los beneficios sociales. En segundo lugar, protege a las remuneraciones durante el período anterior a la quiebra o la liquidación, lo que supone que la protección es limitada⁹.

3. El carácter persecutorio de la remuneración

El carácter persecutorio en el pago de las remuneraciones se da sobre la base de la siguiente premisa: Toda relación laboral genera una vinculación personal y además patrimonial entre el empleador y el trabajador, teniendo por finalidad apremiar los bienes del empleador o empresario deudor, pues estos constituyen las garantías para el pago de las acreencias laborales; no se trata de identificar quién o quienes ejercen actualmente la propiedad de los bienes de una empresa

9 Véase MORALES CORRALES, Pedro. La Protección de los Créditos Laborales en el Perú. En Revista *Advocatus*. Marzo de 1994.

deudora, o si hay un vínculo familiar o personal de los terceros adquirentes con el empleador; de lo que se trata es de identificar los bienes, para tener certeza que pertenecieron al empleador deudor (...) ¹⁰

A partir de este razonamiento, se interpretó inicialmente por la Corte Suprema, sobre la base del segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución, que dicha norma por tener rango constitucional se prefería sobre el artículo 2014 del Código Civil, disposición que establece que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que aparece en el registro con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule o revoque la transferencia por causas que no consten en registros públicos.

De acuerdo a lo mencionado, se da preferencia al carácter persecutorio de los beneficios sociales, frente a la seguridad jurídica que garantiza el tráfico mercantil. Ello suponía, que una persona que decidiese adquirir un inmueble de una empresa, no sólo debía fijarse en registros públicos que dicho inmueble no tenga un gravamen o carga, sino que no existan créditos laborales contingentes¹¹.

Posteriormente, la Corte Suprema ha cambiado de criterio, estableciendo como precedente de observancia obligatoria, en el modo y forma previsto en la ley¹², dando preferencia a la seguridad jurídica frente al carácter persecutorio de los beneficios laborales¹³. En tal sentido, si un tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún inmueble de una empresa que tiene facultades para otorgarlo y que no tiene anotado ningún gravamen de tipo laboral, no responde por el pago de créditos laborales que pudiesen resultar exigibles con posterioridad a dicha transferencia, hasta el valor recibido por dicha transferencia.

4. Derecho constitucional de aplicación mediata o diferida

Existe una distinción entre los grados de preceptividad con que la constitución puede reconocer y garantizar un derecho que ella recoge, en este

10 Véase considerandos de la sentencia emitida por la Corte Suprema publicada en diario *El Peruano* de fecha 04.11.03, y recaída en la Casación N°1303-2003.

11 Créditos laborales contingentes son aquellos que potencialmente pueden ser exigibles, y en consecuencia se tienen que provisionar.

12 Al señalar establecido en la ley, entendemos que se esta refiriendo a lo señalado por el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

13 Sentencia emitida por la Corte Suprema de la República, publicada en el *Peruano* el 4 de enero del 2005, recaída en la casación N° 2117-03 LA LIBERTAD.

caso de tipo laboral. Se identifican dos: Los de aplicación inmediata, cuando el texto constitucional es suficiente para accionar en su defensa ante el organismo jurisdiccional competente, entendemos mediante una acción de garantía constitucional, y, la aplazada o mediata, cuando se requiere de un desarrollo del derecho a nivel infraconstitucional básicamente por el Poder Legislativo, para poder exigir el cumplimiento del mismo.

Entendemos, que la norma bajo comentario es de preceptividad mediata o de carácter programático, en tanto para su cabal aplicación se requiere de medidas legislativas que impliquen la concreción material y la consiguiente conversión en derecho subjetivo exigible. Así, por ejemplo, nadie podrá iniciar en forma viable un proceso de amparo porque considera vulnerado su derecho a tener una remuneración equitativa y suficiente¹⁴.

II. EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS FRENTE AL PAGO PREFERENCIAL DE LAS REMUNERACIONES

El Principio de irrenunciabilidad de derechos, supone la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio¹⁵.

A nivel constitucional, se establece que en toda relación laboral se aplica el Principio Irrenunciable de los derechos establecidos en la Constitución y la ley.

Respecto a los alcances de la protección de este principio el Tribunal Constitucional ha establecido que la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos derechos reconocidos por la Constitución y la ley, no cubriendo los derechos que provienen de la convención colectiva o costumbre¹⁶.

A nivel infraconstitucional, dicho principio ha sido regulado por el artículo III del título preliminar de la ley procesal del trabajo¹⁷. Reforzando el criterio del carácter irrenunciable de los derechos que se derivan de la Constitución y la ley.

Respecto al derecho de pago preferente de las remuneraciones, sobre los demás créditos de naturaleza distinta que adeude el empleador, entendemos que

¹⁴ Véase sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 0642-2004-AA del 25.06.04

¹⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Ediciones de Palma. Buenos Aires 1998. Tercera Edición. Pag. 118.

¹⁶ Véase fundamento 24 de la sentencia recaída en el expediente N° 0008-2005-PI/TC.

¹⁷ También por el artículo 3 inciso c) del Decreto Legislativo 910 y el artículo 4 del Decreto Supremo N° 020-2001-TR, que han sido derogados por la Ley N° 28806, la cual entrará en vigencia a los sesenta días hábiles computados desde el 23 de julio del 2006.

no pueden ser materia de renuncia, en tanto dicho derecho esta consagrado por el artículo 24 de la Constitución y desarrollado a nivel infraconstitucional por el artículo 69 numeral 69.2 de la Ley N° 27809 al establecerse que es invalida la renuncia, tanto si es efectuada a título individual o colectivo, Esto equivale a consagrar el principio de irrenunciabilidad de derechos en el campo concursal¹⁸.

Respecto al superprivilegio en el pago de remuneraciones, en relación a los demás créditos de naturaleza no laboral en las empresas que no están sujetas a procesos de liquidación, bajo la norma que regula el sistema concursal, esto es las entidades financieras o de seguros en liquidación y empresas que voluntariamente decidan liquidarse por acuerdo de sus accionistas, conforme a la Ley General de sociedades; entendemos que en la medida que el orden de preferencia en los pagos de las remuneraciones, parte de disposiciones con rango de normas imperativas, estos es la Ley N° 26702 y el Decreto Legislativo N° 856, respectivamente, no pueden ser tampoco materia de renuncia por parte del trabajador o ex trabajador.

Según AMERICO PLA, no se requiere el reconocimiento expreso en el derecho positivo para que la norma sea considerada irrenunciable, el carácter de irrenunciable deriva del propio contenido de la norma o de su finalidad¹⁹.

III. LOS DERECHOS LABORALES Y SU LIBRE DISPONIBILIDAD POR EL TRABAJADOR

En el derecho del trabajo, prevalecen las normas imperativas de carácter irrenunciable, a diferencia del derecho civil en que la regla es la disponibilidad de derechos, salvo que contravengan el orden público y/o las buenas costumbres.

El problema consiste en determinar cuales son las normas que realmente son irrenunciables en materia laboral.

Deveali sostiene que algunas veces surge de su contenido, ya sea en la forma explícita o implícita.; otras veces de la ratio legis, esto es la finalidad perseguida por la norma²⁰.

PLA RODRIGUEZ, citando a PEREZ LEÑERO, enumera los requisitos para que los derechos sean irrenunciables²¹:

¹⁸ Véase BOZA PRO, Guillermo. Comentarios a los Aspectos Laborales de la Ley General del Sistema Concursal. Análisis Laboral Noviembre del 2002. Pag. 15.

¹⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Op. Cit. Pags. 147-148.

²⁰ DEVEALI, Mario. Orden Público e Irrenunciabilidad de las normas Laborales, revista argentina "Derecho del Trabajo" 1957. Pag. 355

²¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Op. Cit. Pag. 171.

1. Han de ser legales, o sea, otorgados por leyes, reglamentos o resoluciones administrativos. En el Perú deben provenir de la Constitución y la Ley, conforme al artículo 26 inciso 2 de la Constitución y la interpretación dada por el Tribunal Constitucional.
2. Han de ser derechos ciertos. Por eso se admite la conciliación, en donde ambas partes ceden por falta de seguridad en sus derechos.
3. Han de ser derechos subjetivos, esto supone que sean otorgados por la ley a favor del trabajador renunciante. Esto supone, por ejemplo, que si un trabajador en el Perú, gana más de la Remuneración Mínima Vital, regulada normativamente, puede renunciar por el exceso, por cuanto el elemento cantidad no califica el derecho. En tal sentido, es válida la renuncia del exceso de la remuneración.
4. Han de ser beneficiosos, la norma supone que lo son todos los que se otorgan a favor del trabajador; pero no lo hace con carácter absoluto sino exceptúa algunos de ellos que se convierten en renunciables. Como por ejemplo, en nuestra legislación el trabajador puede decidir no gozar el descanso vacacional en su integridad de mutuo acuerdo con su empleador a cambio de una compensación económica, conforme el artículo 19 del Decreto Legislativo N° 713.

Como señala NEVES MUJICA, un derecho puede nacer de una norma dispositiva o imperativa. En el primer caso, su titular puede decidir libremente sobre el derecho, siendo una disposición válida del mismo. En cambio, en las normas imperativas no se puede disponer del derecho, por cuanto ello significará una renuncia de los mismos. Las normas imperativas pueden ser relativas, las que suponen que establecen límites que pueden ser hacia abajo o hacia arriba, limitándose en esta caso la imperatividad al aspecto indisponible de la norma, pero no al aspecto dispositivo²².

IV. LÍMITES AL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS FRENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA REMUNERACION

El artículo 24 de la Constitución establece el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, no estableciendo un monto mínimo de la remuneración.

²² Véase NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. ARA Editores. Lima 1997. p. 108.

Esta norma, al ser de carácter diferido o programática, debe ser desarrollada a nivel infraconstitucional, como efectivamente ha venido sucediendo. Habiéndose venido estableciendo por el Estado, mediante decretos supremos, las remuneraciones mínima vitales, la última de las cuales se ha establecido en S/. 500.00 Nuevos Soles mensuales o S/. 16.66 Nuevos Soles diarios²³.

Esto supone, que al establecerse por la norma el monto de la RMV, lo que se pague en exceso es renunciable, por cuanto el derecho subjetivo a la remuneración que es irrenunciable, está determinado en un monto mínimo. Ello supone, que el trabajador puede renunciar al exceso de dicha suma. Esto, queda ratificado por la ley N° 9463, la cual permite la rebaja de remuneraciones aceptada por el trabajador.

V. LA CONCILIACION LABORAL

Entendemos por conciliación, el medio para intentar solucionar por un tercero, por vía amistosa, un conflicto individual o colectivo de naturaleza económica o de intereses, o de tipo jurídico²⁴. Este tercero no decide, sino tiene por función acercar a las partes, incentivando a las mismas a llegar a un acuerdo, el mismo no propone ni decide sólo acerca a las mismas²⁵.

La conciliación es una institución presente en la Constitución, aunque no expresamente, al señalarse en su artículo 28 inciso 2, que el Estado cautela la promoción de formas de solución pacífica de conflictos laborales.

Para el Tribunal Constitucional, la conciliación se define como el acto de ajustar o componer el ánimo de las partes, que tienen posturas opuestas entre sí²⁶.

La conciliación no supone necesariamente una renuncia de derechos laborales, puede haber una conciliación sin renuncia y puede haber renuncia sin conciliación. Así, ambos conceptos están en planos distintos. La conciliación está referida a la solución de conflictos y tiene que ver con el procedimiento; en cambio, la renuncia está ligada a los aspectos de naturaleza sustantiva.

²³ El Decreto Supremo N° 016-2005-TR del 28 de diciembre del 2005, estableció la RMV en S/. 500.00 a partir del 1 de enero del 2006.

²⁴ El conflicto jurídico se presenta cuando se trata de incumplimiento o de la incorrecta interpretación de una norma legal o convencional; en cambio, el económico se origina en la intención de los interlocutores sociales, de crear nuevas cláusulas normativas que beneficien sus intereses, como las condiciones de trabajo e incremento de remuneraciones.

²⁵ A diferencia de la conciliación la mediación supone que el arbitro propone una fórmula de solución frente al conflicto presentado que las partes pueden aceptar o rechazar, hace pública su propuesta, en la mediación no. El artículo 59 del T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobada por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, hace esta distinción entre mediación y conciliación.

Según PASCO, es diferente la conciliación en un conflicto jurídico que en uno económico. En el primer caso se aplica el límite del principio de irrenunciabilidad de derechos reconocidos en la Constitución y la Ley. En cambio, en el conflicto económico o de intereses, no hay límite para la capacidad de pedir y ceder²⁷.

Sin embargo, se puede cuestionar si verdaderamente es posible renunciar, vía la conciliación, en los conflictos económicos o de intereses de naturaleza colectiva, mediante una convención colectiva de trabajo (C.C.T.), por cuanto el sindicato o los representantes de los trabajadores ya no son los titulares de sus cláusulas normativas que se pactaron²⁸, las mismas que pertenecen a cada trabajador desde dicho momento, por cuanto de acuerdo a lo señalado por el artículo 43 inciso a) del T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, los contratos individuales de trabajo quedan automáticamente adaptados a lo acordado en la C.C.T. y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador.

VI. TIPOS DE CONCILIACION LABORAL

Para efectos del presente trabajo de investigación desarrollamos los tipos de conciliación, no en función de la clase de conflicto que se somete a solución, sino de las personas que intervienen en la conciliación para dar solución a los conflictos. Así tenemos:

1. La conciliación privada

Es una nueva forma de enfrentar la solución de conflictos laborales, señalada en el artículo 103 de la Ley Procesal del Trabajo número 26636. Para su validez, el conciliador debe ser especialista en asuntos laborales, acreditado ante el Ministerio de Justicia²⁹, siendo requisito ello, para la legalidad del acta de conciliación y que la misma pueda ser materia de ejecución en la vía sumarísima como proceso laboral especial, regulado en los artículos 76 y siguientes de la Ley N° 26636³⁰.

26 Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2005-PI/TC, fundamento número 36.

27 PASCO COSMOPOLIS, Mario. Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo. Editorial AELE. 1997. Pag. 163.

28 Conforme el artículo 29 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decretos Supremo N° 011-92-TR son cláusulas normativas las que se incorporan automáticamente a los contratos individuales de trabajo y los que aseguran o protegen su cumplimiento. Durante su vigencia se interpretan como normas jurídicas.

29 Véase artículos 25 y 26 de la Ley N° 26872.

30 Artículo 18 de la Ley N° 26872.

De no contar el conciliador con dicha calificación, el acta de acuerdo tendrá que ser materia de aprobación por la Sala Laboral de Turno de la Corte Superior de Justicia, conforme el artículo 4 numeral 1, inciso g) de la Ley N° 26636, mediante una homologación.

Cabe precisar, que en materia laboral no es requisito recurrir previamente a la conciliación privada antes de proceder a demandar judicialmente.

2. La conciliación administrativa

Esta a cargo del área de conciliación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que lleva adelante esta solicitud de conciliación³¹. El pedido de conciliación debe ser autorizada previamente por el liquidador adscrito al servicio de Defensa Legal Gratuita y Asesoría del Trabajador.

El plazo de caducidad laboral se suspende a partir de la fecha en que se presenta la solicitud de conciliación administrativa y hasta que concluya el procedimiento.

El aspecto central de este procedimiento es la audiencia. Si el trabajador no asiste, fracasa la conciliación y conflicto debe resolverse a través del procedimiento judicial. Si el empleador no asiste, se le aplica una multa, salvo que justifique su inasistencia en las causales de incapacidad física, caso fortuito o fuerza mayor. Si se admite la justificación se vuelve a citar a las partes con una anticipación de 24 horas.

Esta conciliación no adquiere la condición de cosa juzgada, en tal sentido puede ser materia de impugnación ante el Juzgado de Trabajo de Turno, conforme lo señalado por el artículo 4 inciso 2, numeral g) de la Ley N° 26636, dentro del plazo de prescripción para demandar obligaciones laborales de cuatro años.

Ello, no debe entenderse, en el sentido que dicha acta de conciliación, sino es materia de impugnación en la vía judicial, no pueda ser materia de ejecución. Por el contrario, al contener una obligación de pago de beneficios sociales cierta, expresa y exigible, si es ejecutable, constituye título ejecutivo y tiene mérito de instrumento público, en cuyo caso se procede conforme lo establecen los artículos 76 y siguientes de la ley procesal del trabajo.

31 Esta solicitud debe acompañar copia simple del DNI del solicitante o del representante, el documento que acredite la representación, copia simple de los documentos relacionados con el conflicto, la hoja de cálculo de beneficios sociales en caso de que haya sido practicada por el servicio de Defensa Legal Gratuita y Asesoría del Trabajador y la copia de los anexos para la otra parte.

3. La conciliación judicial

Es la conciliación que se lleva a cabo por el Juez a cargo de la tramitación del proceso, la misma puede realizarse en dos momentos distintos. En la audiencia única, en cuyo caso es parte del procedimiento judicial laboral, donde el Juez debe invitar a las partes a conciliar, lo que no supone llegar aun acuerdo; y, en forma facultativa, en cualquier etapa del procedimiento, después de la realizada la audiencia única y antes que se dicte sentencia. Esta es a solicitud de las partes en el litigio, debiendo llevarse la conciliación por el Juez a cargo del proceso, en cuyo caso adquiere el valor de cosa juzgada³².

VII. LA CONCILIACION LABORAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA REMUNERACIÓN

El derecho constitucional laboral a la remuneración, recogido en el artículo 24 de la misma, es de carácter programático, en consecuencia el ejercicio efectivo de la tutela del derecho se hace depender a un desarrollo legal.

Ello supone, que para determinar si hay una renuncia de derechos respecto al derecho constitucional a la remuneración, mediante una conciliación, debemos analizar las normas que desarrollan este derecho a nivel infraconstitucional³³.

A continuación, analizamos diversos supuestos que se pueden presentar, vinculados al derecho constitucional a la remuneración y su renuncia mediante la conciliación:

1. En un proceso judicial donde se discute la naturaleza jurídica de la relación de trabajo

Al respecto, respondemos la siguiente pregunta planteada en la introducción de la ponencia: ¿es posible la renuncia a parte de las remuneraciones devengadas exigidas a través de un proceso judicial donde el demandante intenta demostrar su relación laboral?

Sobre el particular, consideramos que sí es posible su renuncia mediante la conciliación, por cuanto no estamos frente a derechos reconocidos legal o

32 Artículo 45 de la Ley N° 26636.

33 Conforme al artículo 9 de la Ley N° 26872, la conciliación en materia laboral se lleva a cabo respetando la irrenunciabilidad de derechos del trabajador reconocidos en la Constitución y la ley.

constitucionalmente, de naturaleza cierta y exigible, son derechos expectaticios o créditos contingentes, que pueden o no ser exigibles por el demandante. Aún no han sido materia de un reconocimiento judicial. No cumplen los derechos que se renunciarían vía una conciliación, un requisito indispensable para ser irrenunciables. Esto es, el de ser derechos subjetivos, otorgados por la ley al renunciante, en la medida que no se ha decidido sobre la existencia o no de una relación laboral³⁴.

2. En un proceso judicial donde se discute el número de días que deben ser materia de reintegro de remuneraciones a un ex trabajador

Respecto al reclamo judicial de remuneraciones devengadas por un trabajador, donde lo que se discute el numero de días que supuestamente trabajo y que no se le pagaron, consideramos que tratándose de cuestiones de hecho si pueden ser renunciables, a diferencia de las cuestiones jurídicas que son irrenunciables. En este caso, no se niega el derecho al pago del reintegro como tal, lo que se que se discute es el numero de días que se deben pagar.

3. Respecto al pago preferencial del reintegro de remuneraciones a un ex trabajador

En relación al carácter preferencial del pago de las remuneraciones, las mismas no puede ser materia de renuncia vía una conciliación, por tratarse de un derecho necesario absoluto indisponible. Así, por ejemplo el artículo 69.2 de la Ley número 27809, establece que los acreedores preferentes de créditos laborales no podrán renunciar. En dicho supuesto dicha renuncia es inválida³⁵.

Tratándose del orden predatorio establecido en los artículos 117 y 120 de la Ley del Sistema Financiero y de Seguros, y el Decreto Legislativo N° 856, que precisa los alcances y prioridades de las normas laborales, consideramos que no pueden ser materia de renuncia vía una conciliación, por tratarse de derechos

34 Se puede llegar a concluir que una relación jurídica es de naturaleza laboral, mediante dos caminos, la aplicación de la presunción de laboralidad recogida por el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR o la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad.

35 El Tribunal Constitucional ha establecido en el sentencia recaída en el Expediente N° 0446-2004-AA de fecha 12.11.04, que si un grupo de acreedores ha dispuesto de bienes de la masa en concurso en contra de las normas que regulan el procedimiento concursal ordinario (...) ha vulnerado el derecho al pago efectivo a los créditos laborales, reconocido en el artículo 24 de la Constitución. La Sala de Competencias de Indecopi, es del mismo parecer, en la sentencia emitida con carácter vinculante en el expediente N° 124-2001/CRP-ODI-CCPL.

recogidos en normas imperativas de desarrollo constitucional, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional³⁶.

Nótese, que los derechos laborales nacidos a partir de dichas normas imperativas prelatorias, son irrenunciables, independientemente de la extinción del vínculo laboral del trabajador, por cuanto no se ha cumplido con el pago de los créditos laborales.

4. Respecto al carácter persecutorio del reintegro de remuneraciones a un ex trabajador

Tratándose del carácter persecutorio del pago de remuneraciones devengadas a favor del trabajador, se considera que tampoco puede ser materia de renuncia. No obstante ello, este derecho debe analizarse en forma concordante con otros derechos como el de la seguridad jurídica, sobre la base del principio de razonabilidad³⁷.

VIII. LA HOMOLOGACIÓN

La homologación, según nuestra legislación, es un requisito formal exigible sólo para las conciliaciones privadas, que es sometido a la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Turno, para su aprobación. De esta forma se convierte en un documento exigible.

En tal sentido, se autentica un acto conciliatorio privado, dándole el carácter de exigible. No existe una formalidad predeterminada en nuestra legislación para autenticar el acta conciliatoria, mediante la homologación, la misma puede ser solicitada por cualquiera de las partes intervinientes en la conciliación.

Respecto a la transacción, la misma no es homologable, tal como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 378-2002-LAMBAYEQUE. En tal sentido hay que distinguir la conciliación de la transacción.

IX. CONCLUSIONES

- 1) El derecho constitucional a la remuneración, es un derecho de carácter programático que requiere de medidas legislativas para su concreción en un derecho exigible.

³⁶ Op Cit. Nota 26.

³⁷ El Principio de Razonabilidad, supone que el individuo en sus relaciones laborales debe proceder conforme a la razón.

- 2) El derecho a la remuneración, comprende el derecho a tener una remuneración mínima por el trabajo realizado, y su carácter preferencial y persecutorio en el pago. Respecto al aspecto preferencial de las remuneraciones, no ha sido desarrollado de manera uniforme a nivel infraconstitucional. Así, no es concordante, respecto a los créditos laborales, el orden de prelación en el pago señalado en la legislación concursal y la ley de Bancos.
- 3) La conciliación laboral es un medio para solucionar por un tercero (que acerca a las partes, sin proponer ni decidir), un conflicto individual o colectivo de naturaleza económica o de intereses, o de tipo jurídica. Este derecho, parte de lo señalado por el artículo 28 inciso 2 de la Constitución, al mencionar que el Estado cautela la promoción de formas de solución pacífica de conflictos laborales.
- 4) El límite para disponer del derecho constitucional a la remuneración, mediante la conciliación (privada, administrativa o judicial), esta directamente relacionado con el Principio Laboral de Irrenunciabilidad de Derechos, recogido en el artículo 26 inciso 2 de la Constitución. Este límite sólo alcanza a los derechos laborales indisponibles señalados en la Constitución y la Ley.
- 5) El problema surge al determinar cuáles derechos laborales señalados por la Constitución y/o la Ley son indisponibles; consecuentemente, que no puedan ser materia de renuncia mediante una conciliación.
- 6) Consideramos que la posibilidad de renuncia de derechos, a partir del derecho constitucional a la remuneración, esta vinculado a cada caso concreto, donde habrá una solución distinta.
- 7) Somos de la opinión que los supuestos en que se pueden renunciar mediante la conciliación, a derechos derivados de la remuneración, son los siguientes: cuando se discute la naturaleza jurídica de la relación de trabajo, en el supuesto que el conflicto esta referido a hechos y no a derechos laborales. Así por ejemplo, cuando se discute el número de días que pueden ser materia de reintegro de remuneraciones y no el pago mismo por el trabajo efectuado. Finalmente, en la hipótesis de aceptar el trabajador recibir una remuneración menor, que no este por debajo de la remuneración mínima vital.
- 8) Son irrenunciables, el derecho al carácter persecutorio y preferencial en el pago de las remuneraciones por parte del trabajador.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Maria.
2001 Derecho del Trabajo. Editorial Civitas. Madrid. España.
- ALONSO OLEA, Manuel y MIÑAMBRES PUIG, Cesar.
1991 Derecho Procesal del Trabajo. Editorial Civitas.
- ASOCIACION LABORAL PARA EL DESARROLLO.
1993 Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Estudio Comparado en 20 Constituciones Hispanoamericanas. Editorial ADEC-ATC.
- BOZA PRO, Guillermo.
2002 Comentarios a los Aspectos Laborales de la Ley General del Sistema Concursal. En Análisis Laboral. Lima.
- DEVEALI, Mario.
1957 Orden Público e Inderogabilidad de las Normas Laborales. En Revista Argentina del Trabajo.
- PLA RODRIGUEZ, Américo.
1998 Los Principios del Derecho del Trabajo. Ediciones de Palma. Buenos Aires.
- JIMENEZ SILVA, Carlos Humberto.
2000 El Convenio Colectivo Frente al Principio de Irrenunciabilidad de Derechos Laborales. En Dialogo con la Jurisprudencia. Número 20.
2006 La Presunción de Laboralidad en la Relación Jurídica Derivada de la Celebración de Contratos de Locación de Servicios en las Entidades Financieras en Liquidación con Participación del Estado. En Dialogo con la Jurisprudencia. Número 95.
- MORALES CORRALES, Pedro.
La Remuneración o Salario. Materiales de Lectura Derecho Individual I. Universidad de Lima.
1994 La Protección de los Créditos Laborales en el Perú. En Revista Advocatus. Lima.
- NEVES MUJICA, Javier.
1997 Introducción al Derecho del Trabajo. ARA Editores. Lima.
- PASCO COSMOPOLIS
1997 Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo. Editorial AELE.
- ROMERO MONTES, Javier.
1998 Derecho Procesal del Trabajo. Editorial San Marcos.
- RUBIO CORREA, Marcial.
2004 Introducción al Derecho. Sistema Jurídico. Fondo Editorial PUC.

- SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL
2001 Balance de la Reforma Laboral Peruana.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.
2005 Derecho a la Remuneración. Constitución Comentada. Gaceta Jurídica. Tomo I. Lima.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU
2006 La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Editorial Gaceta Jurídica.
VINATEA RECOBA, Luis.
- 1997 La Conciliación Laboral en la Ley Procesal del Trabajo. En Libro de Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo.