Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Agenda del Derecho Laboral Peruano

CONTENIDO

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y POSIBLE DEROGACIÓN O MODIFICACIÓN DE LOS ESQUEMAS VIGENTES

- **CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS:** Descentralización productiva y posible derogación o modificación de los esquemas vigentes
- **CAROLINA CASTILLO PASTOR:** Propuesta de modificaciones respecto a la regulación de la subcontratación de actividades complementarias por vía de intermediación laboral y de tercerización de servicios

LA CONTRATACIÓN LABORAL DIRECTA EN LA ACTUALIDAD

- **CARLOS CORNEJO VARGAS:** Algunos apuntes sobre la regulación de la contratación temporal: a treinta años de su vigencia
- **WILLY MONZON ZEVALLOS:** Informalidad y contratación laboral directa en la actualidad

VIGENCIAS Y POSIBLES REFORMAS EN LOS REGÍMENES ESPECIALES

- **ORLANDO GONZÁLES NIEVES:** Vigencia de los regímenes laborales especiales en el Perú: problemática y posibles reformas
- **CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE:** Notas a la situación jurídica de los contratos administrativos de servicios a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 3° y 5° y Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley N° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del Sector Público: ¿El final de un principio?

MODIFICACIONES EN EL CONTENIDO DEL DERECHO COLECTIVO

- **ADOLFO CIUDAD REYNAUD:** Los procesos de negociación colectiva en trámite en el sector público

PLANTEAMIENTOS PARA UN FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

- **LUIS ALBERTO SERRANO DÍAZ:** Propuestas para el fortalecimiento del sistema de inspección de trabajo en Perú

PERSPECTIVAS PARA UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

- **CÉSAR ABANTO REVILLA:** Buscando un nuevo sistema de pensiones de seguridad social para el Perú: ¿reforma o refundación?
- **ESTELA OSPINA SALINAS:** Gestión sistémica estatal del seguro complementario de trabajo de riesgo. Una propuesta

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

- **KARLA CÁNOVA TALLEDO / CESAR CANO CANDIOTTI:** Seguridad, salud y bienestar a propósito de la nueva política nacional. Agenda pendiente
- **ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA:** La vacunación contra la COVID-19: ¿medida de prevención de seguridad y salud en el trabajo? Aspectos aún no resueltos sobre el retorno al trabajo presencial en Perú

AGENDA DEL DERECHO LABORAL PERUANO

- **DANIEL ULLOA MILLARES:** Cambiar a propósito del COVID-19. Régimen laboral de la actividad privada en el Perú: confirmación de un fracaso. *(E ideas para su deseada reconstrucción)*
- **LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ:** El futuro del trabajo en la agenda política 2021 - 2026

INVITADO ESPECIAL

- **MARIO GARMENDIA ARIGÓN:** La nueva regulación legal uruguaya sobre teletrabajo

Laborem

N.° 25 / 2021

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

Revista Laborem N.° 25
Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Directora
Betty Egúsquiza Palacin

Consejo Editorial
Ana Cecilia Crisanto Castañeda
Wilfredo Sanguineti Raymond

Edición: Diciembre 2021

Registro de Proyecto Editorial: 31501222100678

ISSN 1996-5230 (en línea), ISSN 1996-4897 (impresa)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú:

Lima, 2021

LABOREM es una revista que recibe contribuciones de especialistas de diversos ámbitos académicos, motivo por el cual la publicación mantiene el sistema de citado empleado en los archivos originales.

En su edición electrónica, la revista alcanza a un número de lectores peruanos y del extranjero, de los ámbitos universitario, gremial, profesional, impulsando el estudio de los asuntos de trabajo a nivel local y comparado.

Todos los números de LABOREM se encuentran alojados y disponibles para descarga libre en la página de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: www.spdtss.org.pe

EDITORIAL

El presente número de la revista *Laborem* ha tomado como eje de análisis la etapa inicial del nuevo gobierno nacional y cómo este cambio puede impactar en nuestro ordenamiento sociolaboral. En este contexto, en esta edición hemos invitado a los autores a brindar algunas propuestas para que puedan ser consideradas, estudiadas y debatidas en los próximos años respecto de ocho ejes temáticos:

- "*Descentralización productiva y posible derogación o modificación de los esquemas vigentes*"

Este es uno de los puntos más controvertidos por la intención de eliminar la normativa de tercerización o limitar seriamente los alcances que hoy tiene. Al respecto, César Puntriano Rosas hace una reflexión crítica y nos presenta propuestas de modificación normativa considerando la legislación comparada y jurisprudencia nacional. En este mismo tópico, Carolina Castillo Pastor analiza detenidamente la regulación de la intermediación y tercerización, a fin de plantear propuestas.

- "*La contratación* laboral *directa en la actualidad*"

Carlos Cornejo Vargas analiza detenidamente el marco histórico de la contratación temporal e identifica algunos vacíos y omisiones de la regulación actual que no han sido cubiertos por los precedentes ni criterios vinculantes de la autoridad administrativa, ni de la jurisprudencia laboral. Además, Willy Monzón Zevallos se refiere a la contratación directa y el impacto que tendrían la informalidad, la rigidez laboral y la deficiencia del Estado en la implementación de políticas.

- "*Vigencia y posibles reformas en los regímenes laborales especiales*"

Los autores se enfocan en la situación actual del sector público. Orlando Gonzáles Nieves resalta la diversidad de regímenes, problemática y antitécnica regulación que existe a fin de plantear algunas propuestas que permitan una

ordenación. Por su parte, Carlos Guillermo Morales Morante hace un sesudo análisis de los contratos administrativos de servicios frente a los recientes cambios normativos y jurisprudenciales.

- "*Modificaciones en el* contenido *del Derecho Colectivo"*

Continuando con el enfoque en el sector público, Adolfo Ciudad Reynaud analiza el curso que ha tenido la negociación colectiva desde la emisión del Decreto de Urgencia N° 014-2020 y nos muestra la preocupación que existe sobre los procedimientos en trámite de negociación colectiva en atención a las normas emitidas sobre esta materia, para plantear finalmente una propuesta frente a este complejo escenario.

- "*Planteamientos para un fortalecimiento del Sistema de Inspección del Trabajo*"

Luis Alberto Serrano Díaz enumera una serie de propuestas a incluir en la gestión de la inspección del trabajo para fortalecer su eficacia como mecanismo de protección de los derechos laborales.

- "*Perspectivas para un Sistema de Seguridad Social*"

César Abanto Revilla plantea propuestas para un Sistema de Seguridad Social integrado e inclusivo, el que considera que ha tenido en los últimos años solo reformas parciales e insuficientes. Por su parte, Estela Ospina Salinas reflexiona sobre la ausencia de la gestión sistémica en la regulación y fiscalización del seguro complementario de trabajo de riesgo y plantea lineamientos de propuestas de gestión estatal acorde a las exigencias de un país que se encuentra bajo los efectos de la pandemia del Covid 19.

- "*Seguridad y Salud en el* Trabajo*"*

Karla Cánova Talledo y Cesar Cano Candiotti, en base a la reciente aprobación en el ámbito nacional de la Política Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo, proponen aspectos técnicos y acciones concretas que consideran deben ser parte de una agenda prioritaria del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo al 2030. Además, André Cossio Peralta aborda un tema coyuntural, como es la vacunación contra la Cóvid-19, desde diversos aspectos y examina la legislación comparada y enumera aspectos aún no resueltos por nuestro gobierno.

- "*Agenda del Derecho* Laboral *Peruano*"

Daniel Ulloa Millares analiza la realidad laboral peruana y propone algunos esquemas que pueden contribuir a reducir los problemas del ámbito laboral. Asimismo, Leopoldo Gamarra Vílchez, quien examina la crisis y los problemas agudizados por el Covid-19, y plantea propuestas concretas que considera contribuirán al acceso de un empleo productivo y decente.

Finalmente, Mario Garmendia Arigón es nuestro invitado especial y nos introduce en una reflexión minuciosa de la reciente normativa emitida en Uruguay sobre el teletrabajo. El autor considera esta nueva normativa como un primer paso, pero la califica de deficitaria e imprecisa.

Según se observa, este número de Laborem aborda un amplio número de temas para los sectores público y privado. Consideramos que estos estudios serán útiles para los operadores que tienen a cargo el diseño normativo y la interpretación de las normas sociolaborales debido a la reflexión y propuestas que, con un alto rigor académico, nos muestran sus autores.

Mónica Pizarro Diaz
Presidenta de SPDTSS

Betty Egúsquiza Palacin
Directora de la revista *Laborem*

ÍNDICE GENERAL

Editorial 3

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y POSIBLE DEROGACIÓN O MODIFICACIÓN DE LOS ESQUEMAS VIGENTES

César Alfredo Puntriano Rosas: Descentralización productiva y posible derogación o modificación de los esquemas vigentes 19

I. Alcances conceptuales sobre descentralización productiva y su regulación vigente en nuestro país 20

Subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios.... 21

Regulación de la subcontratación de mano de obra..... 26

II. Propuestas de cambio en la regulación sobre subcontratación 29

1. Cambio conceptual..... 29
2. Ámbito de aplicación de la subcontratación 32
3. Ajustes en la contratación laboral..... 35
4. Garantía de los derechos laborales y de seguridad social 37
5. Garantía de los derechos colectivos 39

III. Conclusiones..... 41

IV. Bibliografía..... 43

Carolina Castillo Pastor: Propuesta de modificaciones respecto a la regulación de la subcontratación de actividades complementarias por vía de intermediación laboral y de tercerización de servicios..... 45

I. Subcontratación de servicios: intermediación y tercerización 46

1. La externalización vía subcontratación de terceros..... 46

A) La intermediación laboral 47
B) La tercerización de servicios 51
2. Destaque de trabajadores y desplazamiento de trabajadores..... 53
3. Intermediación laboral: cesión de personal permitida..... 55

II. Subcontratación de actividades 57
1. Actividades principales y complementarias..... 57
2. Subcontratación de actividades (principales y complementarias) vía intermediación laboral..... 59
3. Subcontratación de actividades (principales y complementarias) vía tercerización de servicios 61

III. Ejercicio de las facultades de dirección y fiscalización por parte de la empresa usuaria respecto a los trabajadores destacados en la intermediación laboral..... 62
1. En la intermediación temporal..... 62
2. En la intermediación complementaria..... 63
A) Prohibición de dirección y supervisión sustancial de las tareas del personal destacado por parte de la empresa usuaria .. 63
B) Exigencia de asunción de plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de las actividades de la empresa de intermediación: 68
3. En la intermediación altamente especializada 69

IV. Problemática de la regulación actual de la subcontratación de servicios complementarios y planteamiento de modificaciones normativas..... 69
1. Subcontratación de actividades complementarias a una empresa autónoma que ejerce de manera exclusiva los poderes del empleador..... 70
2. Subcontratación de servicios altamente especializados 71

V. Conclusiones 72
VI. Bibliografía..... 73

LA CONTRATACIÓN LABORAL DIRECTA EN LA ACTUALIDAD

Carlos Cornejo Vargas: Algunos apuntes sobre la regulación de la contratación temporal: a treinta años de su vigencia 79
I. Introducción 79
II. Principio de causalidad 81
III. Antecedentes normativos 87
IV. Modalidades de contratación temporal 89
V. Necesidad de revisión y modificación 92
VI. Conclusiones 99

Willy Monzon Zevallos: Informalidad y contratación laboral directa en la actualidad 101
I. Introducción 101
II. El contrato como fuente del derecho de trabajo 102
III. La contratación directa laboral 103
IV. El principio de continuidad 108
V. La informalidad y la contratación laboral directa 110
VI. Conclusiones 116
VII. Bibliografía 117

VIGENCIAS Y POSIBLES REFORMAS EN LOS REGÍMENES ESPECIALES

Orlando Gonzáles Nieves: Vigencia de los regímenes laborales especiales en el Perú: problemática y posibles reformas 121
I. Referencia panorámica a la evolución de los contratos especiales de trabajo 122
1. Sucintas referencias iniciales a partir de las últimas décadas del siglo pasado 122
2. Síntesis del tratamiento doctrinal de los contratos especiales de trabajo en el Perú 124
A. En el sector laboral privado 124

B. En el sector laboral público 129

II. Visión panorámica del tratamiento jurisprudencial de la contratación laboral especial. La revolución científica y tecnológica y sus efectos en la contratación. Intentos recientes de codificación del derecho del trabajo 132

1. Algunas sentencias del Tribunal Constitucional en el tratamiento de la contratación especial 132

A. En el sector privado 132

B. En el sector público 133

2. La revolución científica y tecnológica y sus efectos en la contratación. 134

3. Intentos recientes de codificación del Derecho del Trabajo. 136

III. Propuestas iniciales para la reforma y modernización de los regimenes y contratos especiales de trabajo 137

1. Sobre la regulación principista de los regímenes generales y especiales de trabajo. 137

2. Sobre la temática de la contratación especial. 138

A. En el sector laboral privado. 139

B. En el sector laboral público. 139

IV. Conclusiones 140

V. Bibliografía 141

CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE: Notas a la situación jurídica de los contratos administrativos de servicios a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 3° y 5° y Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley N° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del Sector Público: ¿El final de un principio? 145

I. Antecedentes 146

II. Análisis 148

1. El "mandato de incorporación" a los regímenes legales de los Decretos Legislativos 728 y 276 148

2. Requisitos para implementar el "mandato de incorporación" 150

3. Reglas para la aplicación progresiva de la Ley 152

III. Situación de los contratos CAS a partir de la Sentencia del TC 153

1. Desde el punto de vista jurídico 153
2. Necesidad de reconexión con el régimen legal del servicio civil 155
3. Desde el punto de vista económico y de política pública 157

MODIFICACIONES EN EL CONTENIDO DEL DERECHO COLECTIVO

ADOLFO CIUDAD REYNAUD: Los procesos de negociación colectiva en trámite en el sector público 163
I. El Decreto de Urgencia Nº 014-2020 164
II. El principio de irretroactividad de la ley 166
III. Derogatoria del D.U. 014-2020 por la Ley Nº 31114 169
IV. La promulgación de la Ley Nº 31188 171
V. Informe Técnico Nº 1108-2021-SERVIR 171
VI. La naturaleza hermenéutica del Derecho 175
VII. La no aplicación de la Ley Nº 31118 181

PLANTEAMIENTOS PARA UN FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

LUIS ALBERTO SERRANO DÍAZ: Propuestas para el fortalecimiento del sistema de inspección de trabajo en Perú 185
I. Introducción 186
II. Razón de ser de la inspección del trabajo 187
III. Una mirada a la inspección del trabajo en nuestro país 190
IV. El panorama nacional y problemática de la inspección 192
V. Propuestas para el fortalecimiento de la inspección del trabajo y aumento del trabajo digno 194
VI. Conclusiones 205
VII. Bibliografía 206

PERSPECTIVAS PARA UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

CÉSAR ABANTO REVILLA: Buscando un nuevo sistema de pensiones de seguridad social para el Perú: ¿reforma o refundación? 211
I. Cuestiones introductorias 211
II. Modelos de pensiones y laboralización 212
III. Respuestas ante crisis financiera y sanitaria 214
IV. Propuestas para refundar el sistema previsional 217
V. Necesaria viabilidad económica y financiera 225
VI. Conclusiones 228

ESTELA OSPINA SALINAS: Gestión sistémica estatal del seguro complementario de trabajo de riesgo. Una propuesta 231
I. Introducción 231
II. Experiencias internacionales 233
Argentina 233
Chile 235
Colombia 237
España 237
III. El seguro complementario de trabajo de riesgo en Perú: ausencia de gestión sistémica 239
Prestaciones preventivo-promocionales 240
Prestaciones médico-asistenciales 241
Prestaciones económico-financieras 243
IV. Lineamientos de propuestas sobre el enfoque sistémico y de calidad para el aseguramiento de los riesgos del trabajo 245
V. Bibliografía 245

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

KARLA CÁNOVA TALLEDO / CESAR CANO CANDIOTTI: Seguridad, salud y bienestar a propósito de la nueva política nacional. Agenda pendiente 251

I. Introducción 252

II. Política Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo 253

III. Agenda Normativa a cargo del MTPE 254

1. Publicación del Decreto Supremo que regule el funcionamiento de los servicios de seguridad y salud en el trabajo (SSST) 255
2. Ampliación de listado de actividades comprendidas en el anexo 5 del DS 003-98-SA, sobre seguro complementario de Trabajo de riesgo tendiendo a la universalización. 257
3. Fiscalización de la seguridad y salud en el trabajo para el sector público. 259
4. Ratificación de los convenios internacionales de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo, siendo estos, el 155, 187 y 161.... 260

IV. Agenda Normativa a cargo del MINSA 261

1. Revisión y actualización del marco normativo sobre la Vigilancia de la Salud de los trabajadores 262
2. Implementar un Sistema de Vigilancia Epidemiológica e investigación de accidentes y enfermedades ocupacionales 263
3. Implementación de los Servicios de Seguridad y Salud en el lugar de trabajo 264
4. Contribuir al aseguramiento universal de los trabajadores por riesgos laborales 264
5. Estandarización y supervisión de los servicios de salud que brindan atención a los trabajadores, relacionada a los accidentes y enfermedades ocupacionales 265
6. Promover la salud, el bienestar y el trabajo saludable en los lugares de trabajo 265
7. Reflexiones Finales 265
8. Referencias Bibliográficas 266

ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA: La vacunación contra la COVID-19: ¿medida de prevención de seguridad y salud en el trabajo? Aspectos aún no resueltos sobre el retorno al trabajo presencial en Perú 269

I. Introducción 270

II. Vacunación contra la Covid-19: ¿instrumento de salud pública u obligación de seguridad y salud en el trabajo a cargo del empleador? 272

1. El Ministerio de Salud (MINSA) como ente rector y responsable de la vacunación contra la Covid-19 272

2. La participación y responsabilidad del empleador en la vigilancia de la vacunación contra la Covid-19 275

III. El personal no vacunado: ¿libertad de conciencia y religión como supuestos eximentes de la vacunación contra la Covid-19?..... 280

1. Derechos fundamentales que no pueden suspenderse durante el estado de emergencia nacional..... 281

2. Vacunación obligatoria para trabajadores: la experiencia comparada .. 283

IV. Aspectos no resueltos por el gobierno peruano: ¿cuál será la situación laboral del personal no vacunado?..... 285

1. ¿Despido de trabajadores no vacunados? 286

2. Suspensión de contrato de trabajo de trabajadores no vacunados ¿perfecta o imperfecta? 288

V. Conclusiones..... 289

VI. Bibliografía..... 290

AGENDA DEL DERECHO LABORAL PERUANO

DANIEL ULLOA MILLARES: Cambiar a propósito del COVID-19. Régimen laboral de la actividad privada en el Perú: confirmación de un fracaso. *(E ideas para su deseada reconstrucción)*..... 295

I. Introducción 296

II. El derecho laboral nació para proteger obreros..... 297

III. Dos tipos de informalidad: la real y la insertada en la formalidad..... 300

IV. El quehacer luego de conocer la realidad..... 306

V. Sugerencias para una mejora..... 311

Leopoldo Gamarra Vílchez: El futuro del trabajo en la agenda política 2021 - 2026 315
I. Introducción 316
II. La crisis y los problemas agudizados por el Covid-19 317
1. El problema del desempleo, subempleo, informalidad y pobreza .. 317
2. El crecimiento negativo del PIB y la tasa de desocupación laboral. 319
III. Los retos para la agenda política 2021-2026 en materia de trabajo 320
1. Impulsar la productividad y la capacidad permanente de los trabajadores 321
2. Los recursos económicos para generar los cambios en el trabajo ... 323
IV. Propuesta de medidas específicas para la agenda laboral 2021-2026 ... 325
1. Promover y generar empleo decente 326
2. Implementar una seguridad social mínima para todos 331
V. A modo de conclusión 335
VI. Referencia bibliográfica 336

INVITADO ESPECIAL

Mario Garmendia Arigón: La nueva regulación legal uruguaya sobre teletrabajo 341
I. Introducción 342
II. Ámbito de aplicación de la ley nº 19.978 344
III. Una nueva *modalidad* de contratación de trabajo 345
IV. Definiciones: *teletrabajo y teletrabajador* 346
1. Componentes de las definiciones 346
2. Componente espacial 347
3. Componente instrumental 349
V. Contrato escrito 349
VI. El lugar de trabajo 351
VII. Reversibilidad 352
1. Concepto 352
2. Requisito escritural 352
3. Carácter permanente o temporal de la modificación 352
4. Derecho de receso unilateral 353

5. Pasaje a la presencialidad cuando el *teletrabajo* es la modalidad original del vínculo 354
VIII. Horarios de trabajo, desconexión y descansos 354
1. Limitación del tiempo de trabajo 354
2. Derecho a la desconexión 355
3. Descansos 356
4. Libertad del teletrabajador para distribuir sus horarios 356
5. La limitación diaria 358
6. Exceso del límite diario: compensación de horas 359
7. Trabajadores híbridos 360
IX. Incorporación de sistemas de registro de asistencia, control y vigilancia .. 361
X. Herramientas, insumos y equipos para el *teletrabajo* 362
XI. Seguridad e higiene laboral, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales 363
XII. Aplicación en el tiempo 365
XIII. Referencias 366

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y POSIBLE DEROGACIÓN O MODIFICACIÓN DE LOS ESQUEMAS VIGENTES

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y POSIBLE DEROGACIÓN O MODIFICACIÓN DE LOS ESQUEMAS VIGENTES

César Alfredo Puntriano Rosas*

Resumen

La asunción de un nuevo Gobierno en nuestro país trae consigo la esperanza que soplen vientos de cambio. No solo políticos sino también técnicos, esto último, y en lo que a normas laborales se refiere, con la finalidad de fortalecer el rol tutelar del derecho del trabajo y también otorgar seguridad jurídica a quienes generan puestos de trabajo, es decir, a los empleadores, sin desconocer lo primero. En el presente artículo proponemos algunas modificaciones a la normativa sobre descentralización productiva desde su marco conceptual, ámbito de aplicación, contratación, protección a derechos laborales a través de la responsabilidad solidaria y ejercicio de los derechos colectivos.

Palabras clave

Subcontratación / Intermediación / Tercerización / Regulación / Modificación.

Sumario: I. Alcances conceptuales sobre descentralización productiva y su regulación vigente en nuestro país. II. Propuestas de cambio en la regulación sobre subcontratación. *1. Cambio conceptual. 2. Ámbito de aplicación de la subcontratación. 3. Ajustes en la contratación laboral. 4. Garantía de los derechos laborales y de seguridad social. 5. Garantía de los derechos colectivos*. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

* Abogado y Magister en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Docente universitario.

I. Alcances conceptuales sobre descentralización productiva y su regulación vigente en nuestro país

El fenómeno descentralizador o externalizador ha implicado que las compañías deleguen en terceros componentes cada vez más importantes y numerosos de su ciclo productivo, incluidos algunos muy relacionados a aspectos esenciales de su actividad empresarial. (Del Rey, 2000, p.15). Ante esta irrupción de fenómenos descentralistas, el Derecho del Trabajo ha experimentado el declive de la concepción tradicional o clásica de la figura de la subordinación, íntimamente relacionada con nociones de continuidad laboral, uniformidad en el desempeño del trabajo y jerarquía en el ejercicio de los poderes del empresario (Sanguineti, 1997, p. 60).

El fenómeno denominado "descentralización productiva" es definido como *"(…) un modo de organización de la producción en virtud de la cual se hace un encargo a terceros de determinadas operaciones del proceso productivo. Es decir, implica un desplazamiento de funciones o actividades que corresponden o podrían corresponder a un conjunto integrado (…)"* (Sanguineti, 1997, p.60).

Asimismo, se trata de *"(...) la cesión de terceros de otros servicios diversos a los propiamente informáticos, con la finalidad de reforzar el objetivo de que la empresa cedente se dedique a lo que constituye su actividad nuclear, contratando la ejecución de cualquier otro tipo de funciones adicionales, por muy especiales que sean estas" (Cruz Villalón, 1999)*.

La descentralización productiva podrá articularse mediante distintos mecanismos como los grupos de empresa, el trabajo en red, el teletrabajo o el trabajo autónomo, siendo la subcontratación uno de los más relevantes aspectos jurídicos del fenómeno descentralizador (Cruz Villalón, 2009, p.33).

Desde lo jurídico, se recurre a la expresión subcontratación, pues resulta de interés de nuestra disciplina aquellas prácticas cuyo efecto es la prestación de servicios en condiciones similares a las presentes en una relación de trabajo subordinada, en la medida que ello constituye el presupuesto socioeconómico indispensable para la aplicación del Derecho del Trabajo (Bronstein, 2007, p.15). La subcontratación, "efecto estrella" de la descentralización productiva, supone un sistema de relaciones de carácter jerarquizado entre empresas (Arce, 2006).

La subcontratación comprende al suministro de mano de obra o a la prestación de servicios en el marco de una relación civil o comercial (Bensusán, 2007). En el primer caso empresa principal recibirá por delegación el poder directriz respecto a los trabajadores de la contratista (suministradora), mientras que en el segundo supuesto la subordinación tendrá un menor nivel de intensidad, aunque en ningún caso será inexistente.

Esta figura de integración horizontal entre empresas, de cooperación productiva tendencialmente estable entre sujetos empresariales jurídicamente independientes, ha venido a ser denominada como "red empresarial" (Sanguineti, 2018, p.XVI). Estas redes pueden clasificarse en hegemónicas y paritarias en tanto exista o no un líder en la red. Las primeras se presentan cuando un miembro de la red juega un rol directivo como ocurre con las redes de franquicia de concesionarios o agentes, en las de subcontratación, entre otras.

Subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios

Esta supone que una empresa confíe a otra el suministro de bienes o servicios, debiendo esta última realizar el encargo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. En este esquema los trabajadores asignados al servicio permanecen bajo la subordinación de la empresa empleadora (contratista), quien es responsable del pago de sus remuneraciones, beneficios sociales y de las demás obligaciones que le incumben como empleador. El cliente (usuario, destinatario de los servicios) le retribuirá en función al resultado esperado, es decir, a la obra o al servicio contratado, no siendo relevante, en principio, el número ni la identidad de los trabajadores que se empleen para la ejecución del contrato. Lo fundamental en este esquema son los resultados.

Hasta antes del año 2002 la figura carecía en nuestro ordenamiento de regulación laboral propia, por lo que debía recurrirse al Código Civil, norma de aplicación supletoria, puntualmente a sus artículos referidos a los contratos de prestación de servicios (artículos 1755° y siguientes del Código Civil). El Código regula las modalidades de locación de servicios o de obra (artículos 1764° a 1789° del mismo Código)[1]. Como es evidente, esta norma no tutelaba en absoluto los derechos del personal involucrado en la subcontratación.

1 Inclusive hoy, que tenemos regulación tutelar de los trabajadores en un esquema de

Un primer ensayo, que podemos calificar como nimio, ocurrió en el año 2002 con la regulación contenida en el Decreto Supremo No. 003-2002-TR[2], reglamento de la Ley No. 27626[3]. Su artículo 4, de cuestionable legalidad[4], señaló los supuestos que no constituían intermediación laboral, entre los que se encontraban la subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios, denominada "tercerización".

Además de lo anterior, esta norma estableció los requisitos esenciales para la validez de la llamada tercerización sin reconocer protección alguna a los trabajadores involucrados, nos referimos al personal de la empresa usuaria o contratante y al de la contratista[5]. Posteriormente, en el mes de setiembre del

subcontratación, aún resulta aplicable el Código Civil en lo que se refiere a la relación jurídica inter empresarial.

2 Previamente a esta regulación existía la impresión de que la subcontratación iba a encontrarse regulada únicamente por la Ley No. 27626 la misma que como hemos visto posee mecanismos jurídicos tutelares de los derechos de los trabajadores involucrados en la subcontratación.

3 Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, publicada en la separata de normas legales del Diario Oficial El Peruano el 9 de enero de 2002.

4 Toda vez que la Ley No. 27626 norma a la intermediación laboral y este artículo 4º señala qué casos no son intermediación, los mismos que no han sido desarrollados por la Ley. El texto del artículo 4º es el siguiente: Artículo 4.- De la tercerización de servicios.
No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.
Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.

5 Tamaña indefensión generó un uso abusivo de la tercerización toda vez que muchos pseudo empresarios con la finalidad de evitar ser comprendidos en la legislación en materia de intermediación laboral diseñaban una tercerización que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, no resistía el mínimo análisis pues se trataba de un destaque de mano de obra encubierto. Esta deficiente regulación aunada a la conocida falta de potencia inspectiva de la Autoridad Administrativa de Trabajo generó un profundo atentado contra los derechos laborales de los trabajadores involucrados en este fenómeno organizativo, en tanto, además de los naturales efectos nocivos en la relación de trabajo, padecieron una

año 2007, el Poder Ejecutivo tuvo la buena intención de otorgar cierto nivel de tutela al personal involucrado en la tercerización a partir de la emisión del Decreto Supremo No. 020-2007-TR, el cual amplió la regulación contenida en el artículo 4º del Decreto Supremo No. 003-2002-TR incorporándose los artículos 4-A, 4-B y 4-C a dicho cuerpo normativo[6].

De esta ampliación podemos rescatar la regulación expresa de la desnaturalización de la tercerización[7], la cual supone que, si en una inspección laboral, o en el marco de un proceso judicial iniciado por alguno de los trabajadores afectados, se comprobaba que la tercerización incumplía las obligaciones previstas

---

extrema precarización de sus condiciones de contratación.

6 Artículo 4-A.- Desplazamiento de personal a unidades de producción de una empresa principal

"Los contratos que ejecutan alguna de las modalidades establecidas en el artículo 4 del presente decreto supremo, con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no pueden tener por objeto afectar los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores, y deben constar por escrito, especificando cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.

Las empresas que desplazan personal deben contar con recursos económicos suficientes para garantizar el pago de obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados".

Artículo 4-B.- Desnaturalización

"La contratación de servicios que incumpla las disposiciones del artículo 4 del presente decreto supremo, o que implique una simple provisión de personal, origina que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal".

Artículo 4-C.- Garantía de derechos laborales

"Los trabajadores bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, conforme al artículo 79 de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral, aprobada mediante Decreto Supremo Nº 003-97-TR, tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización de servicios, que estén bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, respecto de su empleador (…)"

7 La Ley No. 29245 y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 006-2008-TR, normas que actualmente regulan a la tercerización, consideran, como supuestos en los que la misma se desnaturaliza a los siguientes:

a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2° y 3° de la Ley y 4° del reglamento (asunción de riesgos del tercero, recursos propios para prestar el servicio, equipamiento, entre otros). indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.

La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma.

en el artículo 4 del D.S. No. 003-2002-TR o implicaba una mera provisión de personal, la autoridad concluiría que el personal desplazado posee una relación laboral directa y a plazo indefinido con la empresa principal[8]. Los demás preceptos recordaban cuáles eran los derechos laborales del trabajador involucrado en la subcontratación, pero sin regular nada nuevo.

Actualmente, la subcontratación de bienes o servicios se encuentra normada por la Ley No. 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, complementada por el Decreto Legislativo No. 1038 y reglamentada por el Decreto Supremo No. 006-2008-TR, siendo de aplicación supletoria el marco normativo contenido en el Código Civil.

Las normas en mención disponen que una real tercerización[9] implica que el tercero (contratista) ejecute su actividad por su cuenta y riesgo, contando con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales[10] y con el personal bajo su exclusiva subordinación[11]. Es interesante comentar que a partir del

8 Es importante comentar que el Tribunal Constitucional ha venido considerando que el proceso de amparo no es la vía idónea para declarar la desnaturalización de un contrato de intermediación laboral (Expediente No. 0690-2012-PA/TC, Willian Carlos Huancas Gonzales contra ELECTRONORTE-ENSA, Expediente No. 01306-2012-PA/TC, Franklin Villacorta Sánchez contra SEDAPAL, Expediente No. 01995-2012-PA/TC, Jorge Minbela Salazar contra ELECTRONORTE-ENSA, Expediente No. 02000-2012-PA/TC, José Fabricio Rea Guillén contra ELECTRONORTE-ENSA, Expediente No. 2779-2011-PA/TC, Antonio Armando Sandoval Villar y otros contra Compañía Minera Antamina S.A., Expediente No. 2755-2010-PA/TC, Tito Alfredo Matos y otros contra la Compañía Minera Atacocha S.A. y la Empresa Especializada Opermin S.A.C., entre otras).

9 Denominación de nuestro ordenamiento para la subcontratación de bienes o servicios.

10 Es importante comentar que la norma reglamentaria permite que la empresa que presta servicios de tercerización o realiza obras desarrolle actividades con equipos y herramientas que le hubiera cedido su cliente (principal) u otra empresa en administración integral, si están vinculados directamente al proceso productivo de la empresa cliente.
Dicha disposición del Decreto Supremo No. 006-2008-TR fue declarada ilegal por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, bajo el expediente No. 169-08-AP. En atención a un recurso de apelación de sentencia, la Corte Suprema, en el expediente No. 1338-2011 revocó la sentencia de primera instancia reconociendo la validez de la cesión de equipos por parte del cliente al tercero para la ejecución de los servicios contratados.

11 Esto supone que el personal reciba indicaciones y sea supervisado o sancionado en forma exclusiva y excluyente por su empleador.

Decreto Supremo No. 006-2008-TR, solamente la tercerización de actividades principales[12] que impliquen desplazamiento continuo[13] del personal del tercero hacia el centro de trabajo (instalaciones) u operaciones[14] del cliente se encuentra comprendida en esta regulación tutelar de los trabajadores. Siendo así, la tercerización sin desplazamiento, o la provisión de bienes y/o servicios que no suponga tercerización, la subcontratación de actividades complementarias o la subcontratación de personas naturales se regularán por el Código Civil y la normativa sectorial especial. En todo caso, no se debe tratar en ningún escenario de una simple provisión de mano de obra o destaque de personal.

El marco legal señalado en el párrafo previo establece que en la tercerización comprendida bajo su ámbito se generará el siguiente "plus" de protección para el personal involucrado en la misma: (i) la responsabilidad solidaria entre la empresa principal y la contratista, que comprende obligaciones laborales y previsionales legales, no convencionales (contrato trabajo, convenio colectivo) ni unilaterales (costumbre, reglamento interno), devengadas durante desplazamiento hasta un año después. La empresa que presta servicios de tercerización deberá esperar que transcurra plazo prescriptorio (4 años). Es importante tener en cuenta que esta responsabilidad alcanza a la empresa cliente, contratista y subcontratista. (ii) el registro de la empresa contratista, que nunca llegó a implementarse, bastando en la actualidad con que la contratista declare el desplazamiento de su personal en el PDT- Planilla Electrónica; (iii) la obligación informar al personal del contratista acerca de la actividad a ejecutar y la unidad productiva o ámbito de la empresa principal donde se realizará. Esta información puede ser incluida en contratos trabajo o transmitida al personal del tercero mediante comunicación escrita. La empresa principal debe informar a organización sindical o, en su defecto,

12 Se entiende por actividades principales u ordinarias aquellas cuya ausencia afecten o interrumpan la continuidad del negocio del cliente. Se trata sin duda una enorme permisividad en cuanto a aquellas actividades que pueden ser objeto de la subcontratación, hecho sin duda de por si cuestionable pues podría llegarse al extremo de que la empresa cliente carezca de trabajadores en planilla.

13 Se configura la continuidad cuando:
   a) El desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o,
   b) Exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

14 Constituye centro de operaciones el lugar fuera de las instalaciones del cliente al que el personal del tercero se desplaza por indicación de aquél.

a los delegados que representen a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que éstos realizarán.

Regulación de la subcontratación de mano de obra

La subcontratación de mano de obra por su parte aparece cuando el objetivo único, esencial o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra por parte del contratista a la empresa usuaria. La subcontratación de mano de obra es denominada "intermediación laboral" por nuestro ordenamiento, consistiendo en el destaque de personal de una empresa de intermediación o cooperativa de trabajadores debidamente autorizada, para prestar servicios temporales, complementarios o altamente especializados a la empresa usuaria o cliente.

La intermediación laboral se encuentra actualmente regulada en la Ley No. 27626 y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 003-2002-TR[15], disposiciones que permiten la prestación de dichos servicios sólo en determinados supuestos y cumpliendo una serie de requisitos y formalidades con la finalidad de brindar mayor protección al trabajador destacado y fomentar la contratación directa de personal.

Es decir, mientras que la regla general es la contratación directa del personal[16], la intermediación laboral es un supuesto excepcional, que se encuentra regulado de manera restrictiva. En efecto, según el Artículo 3º primer párrafo de la Ley No. 27626, *"la intermediación laboral que involucra a personal que labora en el*

15 Es interesante comentar que a partir de lo dispuesto en estas normas no es posible subcontratar personas naturales sino únicamente personas jurídicas constituidas de acuerdo a la Ley General de Sociedades. En efecto, el Artículo 2 de la Ley No. 27626 señala que "la intermediación laboral sólo podrá prestarse por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas conforme a la Ley General de Cooperativas, y tendrá como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral." Véase: ARCE Elmer (2006).

16 El artículo 4º del Decreto Supremo Nº 003-97-TR contiene una presunción a favor de la contratación indefinida al señalar que, "*(…) En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado".*

centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización."

Así la normativa anotada permite intermediar laboralmente trabajadores para cubrir actividades principales pero temporales[17] de la empresa usuaria (cliente), actividades complementarias[18] o actividades altamente especializadas. Para ello si bien podrán constituirse empresas de servicios temporales, complementarios, o altamente especializados, es posible que una sola empresa se encargue de intermediar los tres tipos de actividades.

En cuanto a la responsabilidad por los derechos del personal destacado a la empresa principal, la Ley No. 27626 prevé un supuesto de responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y la entidad que presta servicios de intermediación laboral. Así, la Ley señala que si la fianza[19] otorgada por la entidad resulta insuficiente para el pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores destacados a la empresa usuaria, éstas serán solidariamente responsables del pago de tales adeudos por el tiempo de servicios laborado en la empresa usuaria.

17 Mediante el Decreto Supremo Nº 008-2007-TR, se precisaron las definiciones de actividad principal y complementaria para efectos de la intermediación laboral, entendiéndose como actividad principal: de la empresa usuaria aquélla que es consustancial al giro del negocio de la misma. Siendo considerada como tal toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa usuaria o principal. Este tipo de intermediación laboral (para cubrir actividades principales) es la más restringida por nuestro ordenamiento, toda vez que se la limita a los supuestos de ocasionalidad (eventualidad) y suplencia (reemplazo) y se la limita cuantitativamente pues los trabajadores destacados a la usuaria no deben exceder del 20% de la totalidad de su personal.

18 El artículo 1º del D.S. No. 003-2002-TR, entiende como actividad complementaria a aquella de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria.

19 El artículo 24º de la Ley No. 27626, dispone que, "las empresas de servicios o las cooperativas, reguladas en la presente Ley, cuando suscriban contratos de intermediación laboral deberán conceder una fianza, que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria. La fianza será regulada por la Autoridad Administrativa de Trabajo y en el Reglamento se establecerá los requisitos, plazos, porcentajes y mecanismos de ejecución y liberación de la garantía. "

En otras palabras, la empresa usuaria es solidariamente responsable con la entidad que le destaca trabajadores por los derechos laborales, de origen legal o colectivo, que no están cubiertos por la fianza. Inexplicablemente las obligaciones de seguridad social se encuentran excluidas de la responsabilidad solidaria con lo que usual que las entidades recaudadoras queden impagas, con el evidente perjuicio a los afiliados y pensionistas de las mismas. También es criticable la falta de precisión del porcentaje atribuible a cada una de las mismas[20] y la ausencia de un derecho de información de las entidades de la Seguridad Social[21].

Adicionalmente, el marco legal vigente exige que las empresas intermediarias se registren en el RENEEIL (Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de intermediación laboral) para poder intermediar personal, debiendo para ello constituirse con objeto social exclusivo y contar con un capital mínimo de 45 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)[22].

Por otro lado, las normas disponen que se entiende desnaturalizada la intermediación laboral y por ende la existencia de una relación laboral directa entre el trabajador indebidamente intermediado y la empresa cliente o usuaria del servicio cuando ocurre el destaque de personal para prestación de servicios permanentes de la actividad principal de la empresa usuaria, para cubrir personal que esté ejerciendo su derecho de huelga, para cubrir personal en otra empresa de servicios o cooperativa, entre otros supuestos. Esta situación podrá ser comprobada en un procedimiento inspectivo por la Autoridad Administrativa de Trabajo conforme lo señala el artículo 5º de la Ley 27626, concordante con el artículo 14º de su Reglamento, o en un proceso judicial promovido por el personal involucrado en la intermediación laboral.

20 Esto resulta criticable pues al ejecutarse la fianza se podría comprender en un 99% a las obligaciones laborales y un 1% o menos a las de seguridad social, con lo que quedarían impagas.

21 Fundamental para conocer la existencia de la fianza y poder solicitar su ejecución de existir incumplimientos. Aunque debemos reconocer que la posibilidad de ejecución se limita en tanto la fianza se otorga o bien a favor de la Autoridad Administrativa de Trabajo o de los trabajadores desplazados.

22 La UIT para el año 2021 asciende a S/ 4,400.

II. Propuestas de cambio en la regulación sobre subcontratación

En este acápite plantearemos algunos aspectos de la regulación vigente que pueden ser mejorados, pero no limitándose a un cambio en las normas detalladas en el numeral precedente, sino también en otras disposiciones que se relacionan con la materia. Por cuestiones de espacio no hemos podido introducir algunas ideas sobre seguridad y salud en el trabajo, quedando pendiente su desarrollo.

1. Cambio conceptual

Como se desarrolló el en apartado precedente, nuestra regulación toma partido por el concepto de "intermediación laboral" para abarcar no solamente al destaque temporal de mano de obra para realizar labores transitorias a cargo de las empresas de servicios temporales, sino también para el destaque de personal para la ejecución de labores complementarias o altamente especializadas. Estas últimas, sin embargo, también pueden suponer la prestación de servicios por parte de la empresa de intermediación laboral, por lo que propiamente no estaríamos ante una intermediación de personas. Ejemplos de labores complementarias que implican prestar servicios y no solo destacar mano de obra son las actividades de vigilancia, limpieza, reparaciones, mensajería, entre otras.

En esa medida, consideramos deficiente la técnica normativa adoptada por nuestro ordenamiento, teniendo además en cuanta que la tendencia en el derecho comparado considera que el suministro de mano de obra supone únicamente el destaque de personas para colocarlas bajo el ámbito de organización y dirección de la empresa usuaria sin que exista una actividad adicional por la suministradora, salvo el cumplimiento de sus obligaciones laborales como empleador. En otras palabras, la empresa suministradora no ejecuta servicio alguno salvo el destaque de su personal. Siguiendo esa línea la llamada intermediación laboral complementaria o altamente especializada encajaría en un supuesto de subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios.

Por ejemplo, el título VI del Código Sustantivo del Trabajo Chileno[23] denomina a su título VII como "Trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios", definiendo al trabajo en régimen

23 https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-95516_recurso_1.pdf

de subcontratación[24] de manera similar a la manera como nuestra Ley No. 29245 regula a la tercerización de servicios. Luego en el artículo 183-F en adelante, regula a *"las empresas de servicios transitorios"*, al *"contrato de puesta a disposición de trabajadores y (…) contrato de trabajo de servicios transitorios"*. Estas disposiciones guardan relación con la intermediación laboral de actividades temporales normada por la Ley No. 27626.

En Uruguay, la Ley No. 18251[25] posee una regulación similar a la Chilena, pues fija una noción de subcontratación similar a la nuestra sobre tercerización[26], pero también se ocupa del suministro de mano de obra, señalando que la *"agencia de empleo o empresa suministradora de mano de obra es la que presta servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona física o jurídica (empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución"*. Inclusive contempla la categoría de intermediario como el interviniente en la contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero.

Similar regulación la encontramos en el Código Sustantivo de Trabajo Colombiano, modificado por la Ley No. 2351[27], y en el Código de Trabajo Paraguayo, modificado por Ley No. 496/95[28].

24 Art. 183-A. Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.

25 En: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18251-2008.

26 Existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo.

27 http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Codigo/30019323

28 https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BD0D4AD2171853F105257E200076C9A0/$FILE/LEY_213_codigo_de_trabajo_paraguay.pdf

Nuestro país no ha sido ajeno a iniciativas que apunten a mejorar la regulación de la subcontratación desde un ámbito conceptual en tanto el Anteproyecto de Ley General de Trabajo del año 2002[29].

El Anteproyecto, consideraba a la "prestación de servicios con intervención de terceros", la cual comprende a la subcontratación de personal para servicios temporales, servicios complementarios, y la subcontratación de obras y servicios, restringiendo el destaque de personal para la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria, salvo que en este último caso se trate de empresas de servicios temporales que destaquen personal para cubrir labores de naturaleza ocasional y de suplencia.

Así, para el Anteproyecto, el destaque de mano de obra bajo la dirección de la empresa usuaria únicamente es posible por las empresas de servicios temporales, considerando a los demás supuestos como una prestación de servicios. El Anteproyecto no señala, que en los casos de la subcontratación de personal para servicios complementarios la usuaria no deba ejercer atribuciones de empleador frente al personal destacado, pero entendemos que ello es consustancial a la consideración de dicho destaque como un servicio más no como una simple provisión de personal.

En todo caso, nuestra actual regulación sobre subcontratación debería ser objeto de una mejora conceptual para alinearla con la tendencia internacional, limitándose el destaque de personal a labores excepcionales como los supuestos ocasionales o de suplencia, en cuyo caso se permite al usuario actuar como empleador, salvo en lo relativo al poder sancionador, el cual permanece en manos del empleador formal. Este cambio generaría coherencia interna en el marco normativo pues no podemos hablar de destaque de personas y luego plantear la inaplicación de un porcentaje limitativo (20%) a labores complementarias o especializadas si es que la actividad se realiza de manera autónoma por parte de la empresa intermediaria[30].

---

29 En cuya elaboración participaron connotados miembros de nuestra Sociedad como Carlos Blancas Bustamante, Adolfo Ciudad Reynaud, Víctor Ferro Delgado, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis y Alfredo Villavicencio Ríos.

30 Artículo 6 de la Ley No. 27626: *"El número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas que pueden prestar servicios en las empresas usuarias, bajo modalidad temporal, no podrá exceder del veinte por ciento del total de trabajadores de la empresa usuaria. El*

Los requisitos relativos al registro, capital social mínimo y carta fianza, hoy exigidos para la intermediación laboral, podrían mantenerse para el destaque de personas por empresas de servicios temporales, mientras que la responsabilidad solidaria lo haría en ambos supuestos.

2. Ámbito de aplicación de la subcontratación

En cuanto a las actividades que pueden involucrarse en la subcontratación, el profesor Ermida (2009) afirma que un enfoque abstracto sostiene que solamente pueden ser objeto de la subcontratación las actividades- medio, de apoyo, secundarias o no sustantivas. Añade que, el "*límite consiste en el mantenimiento de actividades que conforman o configuran las características esenciales de una empresa*". (Racciati, 1997). (subrayado nuestro).

Arce por su parte diferencia entre actividad principal y el *core business* de la empresa o actividad distintiva colocando como ejemplo a los médicos de un hospital que son parte de la actividad distintiva (core business) mientras que la actividad de limpieza es principal para el hospital, pero no distintiva (Arce, 2008, p.29).

Si bien la subcontratación inicialmente se utilizó para cubrir actividades periféricas o auxiliares de la empresa principal, con el transcurso del tiempo dicho mecanismo de descentralización productiva se ha extendido a actividades que forman parte del proceso productivo empresarial. Nuestro ordenamiento no es ajeno a dicha regulación pues, en lo que a subcontratación de producción de bienes o servicios se refiere, ha limitado la normativa tutelar de derechos laborales a aquella subcontratación de actividades principales, tal y como lo disponen la Ley No. 29245, el Decreto Legislativo No. 1038 y el Decreto Supremo No 006-2008-TR dejando inexplicablemente de lado a la subcontratación de bienes y servicios de carácter complementaria, lo cual ha afectado directamente a los trabajadores involucrados en la misma pues los priva de protección laboral[31].

porcentaje no será aplicable a los servicios complementarios o especializados, siempre y cuando la empresa de servicios o cooperativa asuma plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades (…)".

31 Salvo aquellas normas que regulan la relación bilateral empleador-trabajador.

La subcontratación de personas o "intermediación laboral" como se denomina en nuestro país, tiene limitada su procedencia a actividades complementarias o a actividades principales en supuestos temporales de ocasionalidad y suplencia, proscribiendo la contratación indirecta de mano de obra para ejecutar actividades permanentes de la empresa usuaria en línea con la pauta normativa de preferencia de la contratación indeterminada consagrada en nuestro ordenamiento laboral[32].

Si nos detenemos a revisar la legislación comparada, advertimos que no existe una tendencia a permitir una externalización de actividades principales sin límite alguno, como podría entenderse interpretando de manera literal nuestras normas. Hugo Fernández y Gustavo Gauthier, afirman que, en Brasil, por ejemplo, el Tribunal Superior de Trabajo, señaló que existe en la empresa un núcleo duro que no es posible de sacar y que actuará como límite al proceso tercerizador (Fernández, Hugo,1997, p. 391). En opinión de los citados autores es viable tercerizar tanto una tarea de servicios como una de producción siempre que "no se esté externalizando la actividad principal del giro de la empresa que terceriza" (Fernández, Hugo,1997, p. 391)

La doctrina española señala que la descomposición empresarial de la que es objeto la empresa por efecto de la descentralización productiva puede afectar a unos aspectos concretos del proceso productivo o inclusive ser más amplia, sin embargo, lo normal es que la empresa mantenga para sí las fases que conforman el núcleo duro de su sistema productivo o "core business". Se afirma que *"(…) aquí se concentra la capacidad competitiva de la empresa y lo que le permite actuar en el mercado*" (Gorelli, 2007, p.28), añadiendo luego que *"lo que hay que tener presente es una importante tendencia de las empresas a concentrarse en aquellas facetas de la producción que mejor saben hacer y, consecuentemente, donde pueden ser más competitivas (…)"* (Gorelli, 2007, p.28).

32 Nos referimos al artículo 4º del Decreto Supremo No. 003-97-TR, norma que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que a la letra señala lo siguiente:
Artículo 4.- "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.
El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna".

Si bien la subcontratación se funda en la libertad de empresa, cuyo ejercicio no debe vulnerar los derechos laborales del personal involucrado, y teniendo además en cuenta que esta manera de organización empresarial rompe el tradicional esquema bilateral empleador-trabajador sobre el que se basó el Derecho del Trabajo en forma primigenia, somos de la opinión que la subcontratación puede comprender actividades periféricas o auxiliares a la consecución de la finalidad última (core business) del negocio de la empresa contratante así como aquellas indispensables para el mismo pero sin habilitar que aquellas actividades-núcleo sean pasibles de externalización pues ello supondría la sustitución de la empresa principal y por ende su desaparición.

A partir de esta premisa podría modificarse nuestra legislación actual, desde la Constitución y en particular desde el Derecho al Trabajo, interpretándolo armónicamente con la libertad de empresa, y sostener que la subcontratación no permite externalizar actividades nucleares[33].

33 La Corte Suprema sostuvo en la Casación No. 1399-2010-LIMA que la Ley No. 29245 no contiene restricción alguna a tercerizar actividades principales o neurálgicas de la empresa. Inclusive, en dos casos en los que se impugnó el Reglamento de la Ley de Tercerización, la Corte reiteró dicha posición (sentencias de Acción Popular No. 764-2011 y 1607-2012). En el derecho comparado el Tribunal Supremo Español en la sentencia del 18 de enero de 1995 ha emitido un pronunciamiento similar. Luego, en la Casación No. 5659-2016-LIMA, la Corte Suprema ha deslizado la proscripción de subcontratar actividades nucleares al sostener que, "" *las empresas contratistas que tengan por objeto social dedicarse a labores de tercerización, deberán tener las siguientes características principales: i) tener funciones o actividades de una parte del ciclo productivo; siempre y cuando no estén circunscritas a la actividad principal de la empresa (empresa principal) (…)*". (Subrayado nuestro). Esta ejecutoria es similar a la Casación No. 10691-2017-LIMA, pero emitida en el marco de la Ley No. 29245. Entendemos que cuando se señala que las labores de la contratista no deben circunscribirse a la actividad principal de la empresa contratante se quiso hacer referencia a la actividad nuclear, pero insistimos que se trata de una discusión pendiente dada la amplitud de la norma.
En la Casación No. 13749-2017-LIMA, la Corte Suprema amparó la declaratoria de invalidez de una concesión de limpieza pública, bajo el argumento de que la misma constituye una "*prestación de naturaleza permanente*", "*además de ser uno de los servicios principales que las municipalidades brinda a la comunidad y de su ejecución depende el cuidado del medio ambiente y la salud pública*". Creemos que la Corte de manera equivocada aplica a la municipalidad la legislación en materia de tercerización, cuando la normativa que regula las contrataciones estatales (Ley 30225 y su Reglamento, el Decreto Supremo 344-2018-EF) permite que las entidades públicas contraten privados para la ejecución de servicios públicos, como el de limpieza. No perdamos de vista, que el artículo 2 del Decreto Supremo No. 006-2008-TR señala que la tercerización en el sector público, "*(…)*

3. Ajustes en la contratación laboral

Un aspecto muy discutido por la jurisprudencia se refiere a la validez de la contratación temporal del personal empleado por los contratistas para honrar los contratos de prestación de servicios o ejecución de obra suscritos con sus clientes (empresas usuarias o principales).

En lo que a subcontratación se refiere (intermediación laboral, tercerización), el contrato a plazo fijo por obra determinada o servicio específico es frecuentemente empleado para cubrir el personal que se requiera para ejecutar la actividad subcontratada. Se respalda dicha contratación de duración determinada, alegando que la actividad que realizan a favor de la empresa principal es de naturaleza temporal, siendo esta "naturaleza" fijada por la duración determinada del contrato obra o servicio celebrado con la principal.

Este argumento, que genera una temporalidad debida a factores externos (duración del contrato mercantil entre subcontratista y empresa cliente) ocasiona que la estabilidad laboral de los trabajadores de la subcontratista se sujete a la voluntad de la principal pues si ésta decide dar por terminado el contrato con la empleadora, esta procederá a culminar las relaciones laborales de los trabajadores incorporados para satisfacer el negocio.

Si bien en nuestro país algunos autores descartan la utilización del mencionado contrato de duración determinada en razón a que el servicio que presta la contratista califica como una actividad permanente de la empresa principal (Arce, 2008), en nuestra opinión, dicha modalidad de contratación laboral en la subcontratación resulta válida en tanto:

(i) Exista una real necesidad de cubrir el puesto de trabajo en razón a la celebración de un contrato de prestación de servicios o de ejecución de obra entre el empleador y su cliente.

(ii) La actividad laboral del trabajador a contratar se enfoque únicamente en dicho contrato, de ahí la denominación de "obra determinada" o "servicio específico".

---

se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia".

(iii) Se detalle la causa objetiva de contratación, relacionada con lo indicado en el literal (i), de manera clara y precisa en el contrato de trabajo temporal.

En este punto convendría modificar la regulación en materia de intermediación laboral y tercerización para establecer de manera expresa la validez del contrato a plazo fijo para incorporar al personal subcontratado, dado que la jurisprudencia ha tenido posiciones contradictorias al respecto.

En efecto, nuestro Tribunal Constitucional (TC) trató esta situación en la sentencia recaída en el Expediente No. 00804-2008-PA/TC, proceso de amparo seguido por Julio Eduardo Pezantes Alva contra la Empresa de Seguridad Vigilancia y Control S.A.C., ESVICSAC, en la cual el TC considera que el contrato de trabajo para obra determinada o servicio específico que el trabajador celebró con la mencionada empresa se habría desnaturalizado (convertido en indeterminado) en tanto el servicio de vigilancia que presta a la empresa usuaria es de carácter permanente.

Posteriormente, en una sentencia emitida en enero de 2012, correspondiente al expediente No. 03528-2011-PA/TC, proceso de amparo seguido por Jaime Ccopa Ramos contra la empresa de Construcción, Refacción y Mantenimiento S.R. L. (COREMA), el TC convalidó como causa objetiva para la contratación de un trabajador bajo la modalidad de obra determinada o servicio específico, el contrato de locación de servicios celebrado entre COREMA y la empresa Southern Perú Copper Corporation, para el mantenimiento y refacción de líneas férreas de esta última.

Luego, en la sentencia recaída en el Expediente No. 02508-2014-PA/TC, proceso seguido por Felipe Martínez Almerco contra IESA S.A., el TC nuevamente ha validado la contratación temporal efectuada por la demandada para cubrir un contrato de prestación de servicios celebrado con un cliente.

La Corte Suprema, en la Casación No. 18057-2017 TUMBES sostuvo que, *"(…) el servicio de limpieza que realiza la demandada (…) se trata de una actividad principal y objeto social, por lo que se está brindando un servicio que forma parte de su actividad habitual y principal; por consiguiente, debe ser ejecutado por trabajadores destacados con los cuales debe mantener un vínculo permanente y estable (...)".*

La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) ha validado la contratación temporal de trabajadores en el marco de una subcontratación en su "Protocolo de fiscalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad", No. 03-2016-SUNAFIL/INII aprobado por Resolución de Superintendencia No. 071-2016-SUNAFIL de fecha 2 de junio de 2016. En dicho Protocolo se contempla al contrato de servicios entre el empleador y la empresa principal como sustento válido de este contrato temporal.

Creemos que la mejor manera de zanjar esta discusión que genera inseguridad jurídica es mediante una modificación normativa que precise la validez del contrato temporal.

4. Garantía de los derechos laborales y de seguridad social

Nuestro ordenamiento legal ha contemplado a la responsabilidad solidaria como una medida para mejorar los niveles de tutela de los trabajadores frente a procesos económicos complejos, como es el caso de la subcontratación, ante cuyo advenimiento carecen de control o poder de decisión alguno, y que más genera efectos negativos en sus relaciones de trabajo, tanto a nivel individual como colectivo (Rosenbaum, 2007, p.43).

Con la solidaridad se pretende garantizar la efectividad de los derechos laborales de los trabajadores de las empresas contratistas y los intereses de la seguridad social ante situaciones de incumplimiento de la contratista, con lo que *"(…) en definitiva, se persigue reducir los riesgos, que entraña esta forma descentralización productiva (…)"* (Soriano, 2007, p.324). Añade la autora que *"si el empresario principal es quien en mayor medida asume los beneficios económicos de la actividad que realizan los trabajadores de otros empresarios, deviene razonable que no quede inmune frente a posibles deudas de los contratistas para con sus trabajadores en situaciones de insolvencia (…)"* (Soriano, 2007, p.324).

La regulación de la responsabilidad solidaria en la intermediación laboral ha merecido las siguientes críticas por la doctrina (Arce, 2006, p.47), que hacemos nuestras y ameritarían una modificación normativa:

(i) La responsabilidad solidaria solamente comprende a los derechos laborales de los trabajadores destacados, quedando sin esta protección las obligaciones de seguridad social no cubiertas por la fianza.

(ii) La solidaridad no contempla el supuesto de encadenamiento de subcontrataciones de mano de obra, es decir, que una empresa principal contrate a una de servicios y esta a su vez a otra para que le ayude, en cuyo caso no es posible legalmente extender la solidaridad de la principal a la segunda empresa subcontratada. Si bien el encadenamiento está prohibido por la Ley 27626, vemos que la solidaridad, a diferencia de lo que ocurre en la tercerización, no alcanzaría a los demás subcontratistas.

(iii) Existe una irrazonable exclusión de los organismos públicos de la responsabilidad solidaria[34]. La exclusión es ilegal, pues el reglamento va más allá de lo establecido por la ley, pues la misma no hace distinciones respecto a la condición de entidad pública o privada de la empresa usuaria, y además porque dicha exclusión carece de sustento objetivo, siendo por ende discriminatoria.

(iv) El artículo 26º del Reglamento limita a la solidaridad a los derechos laborales de origen legal o colectivo no cubiertos por la fianza, dejando de lado a aquellos derivados de la voluntad unilateral del empleador, de la costumbre o de pactos individuales entre trabajador y empleador. Esta exclusión resulta irrazonable pues se trata al fin y al cabo de derechos laborales originados en fuentes distintas.

Tampoco se regula el plazo con que cuentan los trabajadores de la empresa contratista para reclamar al principal por el pago de los beneficios laborales devengados durante el desplazamiento, a diferencia de lo que ocurre con la tercerización. La respuesta que surge es la aplicación del plazo prescriptorio de cuatro (4) años previsto en la Ley No. 27321 en ausencia de un plazo específicamente regulado. Este ejercicio no se encuentra exento de cuestionamientos pues no se trata de una responsabilidad directa pues la empresa usuaria no termina siendo la empleadora. Debería, como ocurre con la tercerización, contemplarse un plazo prescriptorio distinto, menor a los 4 años.

34 Primera Disposición Final del Reglamento, Decreto Supremo No. 003-2002-TR: "Primera. - Los organismos públicos se rigen específicamente por las normas especiales de presupuesto y las de contrataciones y adquisiciones del Estado, por lo que no resultan aplicables las disposiciones sobre fianza y solidaridad".

En la tercerización

A diferencia de lo que ocurre con la intermediación laboral, la solidaridad contemplada en la tercerización comprende también a las obligaciones en materia de seguridad social, asimismo, tanto los derechos laborales comprendidos en la solidaridad, como estas últimas, son las provenientes de fuente legal, no existiendo reconocimiento alguno a las originadas en los convenios colectivos de trabajo, contratos de trabajo, costumbre, voluntad unilateral del empleador, entre otras, lo cual inexplicablemente limita a la responsabilidad solidaria. Esto debería ser modificado.

5. Garantía de los derechos colectivos

En lo relativo a las relaciones colectivas de trabajo, la subcontratación dificulta seriamente la sindicación y el derecho a negociar colectivamente, se disgrega al colectivo asalariado haciendo casi imposible su unificación para efectos reivindicativos. Al ser los trabajadores "asalariados externos" no tienen vínculo alguno con la empresa en la que laboran (López, 1996, p.6). Ello impacta en la sindicación, la negociación colectiva y, qué duda cabe, la huelga.

Frente a ello surgen algunas propuestas que podrían evaluarse, para fortalecer el ejercicio de los derechos colectivos en la subcontratación:

(i) La representación conjunta de trabajadores de las empresas contratistas por parte de los órganos de representación de la empresa principal.

Este argumento extraído de la doctrina española, y basado en el artículo 42.6 del Estatuto de Trabajadores de España, señala que, cuando los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas carezcan de representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan el centro de trabajo. (Soriano 2007, p.245).

En relación a empresas contratistas que no alcancen umbrales mínimos para la constitución de sindicatos u órganos de representación, este mecanismo será muy útil para proteger los derechos colectivos de los trabajadores desplazados a la principal (Soriano 2007, p.245). Teniendo en consideración que uno de los efectos de la descentraliza-

ción productiva es el empequeñecimiento empresarial, y la estructuración de relaciones interempresariales en una red de empresas, y que en nuestro país el número mínimo de trabajadores para constituir un sindicato es de veinte (20), la medida sugerida es importante.

(ii) Coordinación intersindical: sindicatos de contratas y sindicatos de empresas principales.

En el ordenamiento español, el artículo 42.7 del Estatuto de los Trabajadores prevé la posibilidad de que los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y los de las contratistas o subcontratistas, cuando compartan de forma continuada el centro de trabajo, puedan reunirse para coordinar entre ellos en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral.

Sobre el particular, se afirma que, *"estamos ante una concreta medida incentivadora e impulsadora de la coordinación entre los representantes de los trabajadores de las diversas empresas que comparten centro de trabajo y están vinculadas por lazos de subcontratación estables"* (Soriano 2007, p. 257).

Esta posibilidad reviste una gran importancia cuando de lo que se trata es de acercar la problemática laboral de los trabajadores de las contratas desplazados a los centros de trabajo de las empresas principales, en la medida que los representantes sindicales de aquellos podrán coordinar y por qué no informar sus necesidades laborales a los representantes de las empresas principales.

(iii) Mantenimiento de la representación sindical en supuestos de sucesión de contratas.

Una alternativa recogida en el Estatuto de Trabajadores de España consiste en que la representación sindical continúe, aunque cambie la titularidad del contratista o exista una transmisión empresarial que involucre a la contrata. Lo que se busca evitar es que el cambio de titularidad empresarial extinga la representación sindical, abogándose por su continuidad. (Soriano 2007, p.257).

El objeto de esta medida es considerar dos tipos de garantías, la primera, de asegurar un sistema de representación suficiente tras la transmisión, y la segunda de proteger a quienes en el momento de la transmisión ostentaban el cargo de representantes de los trabajadores.

(iv) La negociación colectiva transversal

> Este mecanismo, visto como una forma de reconstruir las instituciones laborales, supone que los trabajadores de las empresas contratistas negocien tanto con las contratistas como con las empresas principales, en una suerte de acuerdos laborales tripartitos. En los mismos se discutirán temas relativos a condiciones económicas, de seguridad social, seguridad salud en el trabajo, entre otras condiciones generales de trabajo. (Sanguineti, 2008).

Si bien "no debería descartarse la posibilidad de conjugar nuevas formas de negociación de carácter transversal", compartimos la opinión de inicialmente propender hacia la celebración de pactos entre empresario principal y contratistas, conocidos bajo el nombre de "cartas de subcontratación" dirigidas a garantizar condiciones laborales adecuadas para los trabajadores de las contratas (Soriano 2007, p.308).

Resulta sin duda interesante la posibilidad de que la empresa principal y las contratistas pacten condiciones mínimas para los trabajadores de estas últimas desplazados en aquellas, en futuro la regulación debería ir más allá, reconociendo la negociación colectiva entre los trabajadores de las contratistas, desplazados a las principales, éstas y las contratistas.

En todo caso, esta alternativa requerirá de un análisis y estudio más profundo, y sin duda, de un cambio de mentalidad en nuestro ordenamiento local.

III. Conclusiones

La subcontratación es un fenómeno de organización empresarial de gran impacto laboral que se fundamenta en la libertad de empresa, también reconocida en la Constitución. Desde luego, como todo ejercicio de un derecho, este tiene como límite los derechos de terceros, principalmente, de los trabajadores involucrados en la misma.

La regulación, tanto de la intermediación laboral como de la tercerización, que es como nuestra legislación denomina a las expresiones de la subcontratación, puede mejorarse, de manera equilibrada, sin llegar a excesos tendientes

a su desaparición, como ha ocurrido con algunos proyectos de ley que vienen circulando en nuestro país.

En este artículo hemos planteado una modificación conceptual cuyo objetivo es que la regulación se encuentre en sintonía con lo normado en otras legislaciones, consistente en considerar solamente a la asignación provisional de trabajadores que realiza la empresa de intermediación en el caso de los denominados servicios temporales como un destaque de mano de obra. La intermediación de servicios complementarios y la de servicios altamente especializados constituye una manifestación de la subcontratación de provisión de bienes o prestación de servicios (tercerización de servicios), por lo que debería cambiarse nuestra legislación en dicho sentido.

También proponemos una regulación expresa de la validez del uso del contrato temporal para contratar al personal involucrado en la subcontratación, pues los vaivenes jurisprudenciales generan una inseguridad jurídica que debemos evitar. Si bien técnicamente no haría falta un cambio legislativo, es mejor pecar por exceso que por defecto.

Adicionalmente, debe precisarse en la normativa qué actividades de la empresa principal pueden ser subcontratadas. Ello con la finalidad de descartar la delegación de actividades nucleares, las cuales, como se ha detallado en este artículo, difieren de las principales.

Con el objetivo de que la responsabilidad solidaria cumpla con su rol de garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social del personal involucrado en la subcontratación, creemos oportuno realizar algunos ajustes a su regulación, incorporando las obligaciones previsionales en la intermediación laboral, incluyendo a organismos públicos y fijando un plazo prescriptorio. Esto último para contribuir con la consecución de la tan necesaria seguridad jurídica.

El ejercicio de los derechos colectivos, que negativamente son impactados por la subcontratación, debe ser respaldado con reformas normativas como, por ejemplo, hacer posible que la representación de trabajadores de la empresa contratista plantee sus reivindicaciones a los representantes de los trabajadores de la principal, la coordinación intersindical, el mantenimiento de la representación sindical ante una sucesión de contratas, entre otras medidas.

IV. Bibliografía

ARCE ORTIZ, Elmer (2008). Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Lima. Palestra.

ARCE ORTIZ, Elmer (2008). "Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿persiguiendo un gigante o un molino de viento?". Ponencia presentada en el Tercer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ARCE ORTIZ, Elmer (2006). Subcontratación entre empresas y la relación de trabajo en el Perú. Colección Derecho PUCP. Palestra.

BENSUSAN, Graciela (2007). "La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación?" En: Comunidad Andina de Naciones. La subcontratación laboral- análisis y perspectivas Cuadernos de Integración Andina.

BRONSTEIN, Arturo S. (2007). "La subcontratación laboral". Versión revisada de la ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio celebrado en Santo Domingo, República Dominicana, en abril de 1999. En: Comunidad Andina de Naciones. La subcontratación laboral- análisis y perspectivas Cuadernos de Integración Andina. No. 20. Lima.

CRUZ VILLALÓN Jesús (1999). *Outsourcing, contratas y subcontratas*. Ponencia presentada al X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza.

CRUZ VILLALÓN Jesús (2009). La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales. Lima. Editorial Grijley.

DEL REY GUANTER, Salvador y Carolina Gala Durán. "Trabajo autónomo y descentralización productiva: Nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia.

ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO Natalia (2009). "Descentralización, tercerización, subcontratación". Lima. Organización Internacional del Trabajo, Proyecto FSAL.

FERNANDEZ, Hugo y GAUTHIER, Gustavo (1997). "La tercerización y el Derecho del Trabajo" En: Revista de Derecho Laboral. Tomo XL. No. 186.

GORELLI HERNANDEZ, Juan (2007). "La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva". Madrid. Grupo Difusión.

LOPEZ, Diego (1996). La subcontratación y la precarización del empleo. En: www.lexisnexis.cl/boletin/1996/101996.pdf.

RACCIATTI, Octavio Carlos (1997). "Tercerización: exteriorización del empleo y descentralización productiva" en revista Derecho Laboral, Tomo XL No. 185.

ROSENBAUM, Jorge y CASTELLO, Alejandro (2007). Régimen jurídico de la subcontratación e intermediación laboral. Primera edición. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo y otros (2018). Impacto laboral de las redes empresariales. Granada. Editorial Comares.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2008). Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del trabajo. En: http://www.wilfredosanguinetidiles.wordpress.com/2008/12/transf-emp-y-dt-wsanguineti-rdsl-version-final1.pdf. p.23

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2008). "Los contratos de trabajo de duración determinada". Lima. Gaceta Jurídica.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (1997). Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos. Lima. Ara Editores.

SORIANO CORTES, Dulce (2007). Las Contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, Ediciones Mergablum.

PROPUESTA DE MODIFICACIONES RESPECTO A LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS POR VÍA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

Carolina Castillo Pastor*

Resumen

En el presente artículo se analizarán desde un punto de vista crítico las posibilidades de subcontratación de las actividades complementarias de una empresa usuaria para ser realizadas por un tercero a partir de la regulación normativa de la intermediación laboral vigente en nuestro país, la cual se considera ambigua.

Para ello se definirá qué es lo que se entiende por intermediación laboral, diferenciándola de la tercerización de servicios, con el objetivo de delimitar las actividades que pueden ser subcontratadas a través de ambas figuras.

Además, se determinará la posibilidad de ejercicio de los poderes de dirección y supervisión por parte de la empresa usuaria sobre el personal destacado; así como la autonomía de la entidad de intermediación. Ambas cuestiones se generan debido a que la regulación normativa vigente en nuestro país es confusa.

Finalmente, se realizarán sugerencias sobre modificaciones normativas con el fin que el ordenamiento jurídico peruano laboral respecto a la subcontratación de actividades complementarias de una empresa sea coherente con la naturaleza jurídica de la intermediación laboral y de la tercerización de servicios.

Palabras clave

Intermediación laboral / Tercerización de servicios / Autonomía de la empresa de intermediación / Poder de dirección de la empresa usuaria.

* Mgtr. en Derecho con Mención en Derecho Constitucional por la Universidad de Piura. Profesora ordinaria de la Universidad de Piura. Socia de Rubina, Molero, Castillo & Gallo ABOGADOS SAC Correo electrónico: ccastillo@rmcg-abogados.pe

SUMARIO I. Subcontratación de servicios: intermediación y tercerización. *1. La externalización vía subcontratación de terceros. a) La intermediación laboral. b) La tercerización de servicios. 2. Destaque de trabajadores y desplazamiento de trabajadores. 3. Intermediación laboral: cesión de personal permitida.* II. Subcontratación de actividades. *1. Actividades principales y complementarias. 2. Subcontratación de actividades (principales y complementarias) vía intermediación laboral. A) Intermediación de servicios temporales. B) Intermediación de servicios complementarios. C) Intermediación de servicios altamente especializados. 3. Subcontratación de actividades (principales y complementarias) vía tercerización de servicios.* III. Ejercicio de las facultades de dirección y fiscalización por parte de la empresa usuaria respecto a los trabajadores destacados en la intermediación laboral *1. En la intermediación temporal. 2. En la intermediación complementaria. A) Prohibición de dirección y supervisión sustancial de las tareas del personal destacado por parte de la empresa usuaria. B) Exigencia de asunción de plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de las actividades de la empresa de intermediación. 3. En la intermediación altamente especializada.* IV. Problemática de la regulación actual de la subcontratación de servicios complementarios y planteamiento de modificaciones normativas. *1. Subcontratación de actividades complementarias a una empresa autónoma que ejerce de manera exclusiva los poderes del empleador. 2. Subcontratación de servicios altamente especializados.* V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Subcontratación de servicios: intermediación y tercerización

1. La externalización vía subcontratación de terceros

Las nuevas economías de escala, la saturación de la competencia en los mercados, entre otros motivos, han transformado la empresa, la cual ya no centraliza todas las actividades de su centro productivo, sino que les encarga a terceros la producción de bienes o el cumplimiento de determinados servicios que antes desarrollaba (Arce, 2006, p. 11 y 12).

Villavicencio (2000) explica que a este fenómeno se le denomina de muy diversas maneras, siendo las más comunes las de subcontratación, tercerización, externalización, exteriorización del empleo, descentralización o desconcentración productiva o funcional; siendo la que él prefiere la de subcontratación, porque engloba con mayor facilidad las modalidades existentes y debido a que es el término que viene usando la OIT. Adicionalmente, menciona que dentro de la subcontratación se presentan dos expresiones principales que serían la intermediación (subcontratación de mano de obra) y la tercerización (subcontratación de la producción de bienes y servicios o descentralización) (p. 85 y 87).

Toledo (2006) sostiene que se puede concluir que mediante la tercerización la empresa beneficiaria va a contratar con miras a satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicios especializados, no de una prestación de los trabajadores de la contratista, como sí sucede en la intermediación (p. 9).

Villavicencio (2005) considera que la intermediación consiste en proporcionar la mano de obra de trabajadores, cuya actividad va a ser dirigida y controlada por el empresario que se hace cargo de ellos. Sostiene que se trata de relaciones triangulares en las que una empresa celebra un contrato civil con otra para proporcionarle trabajadores vinculados a la primera, pero que prestarían sus servicios bajo el poder directivo y el control de la segunda (p. 146). Se afirma que la "*service"* o cooperativa mantiene el poder disciplinario, trasladando únicamente las facultades de dirección y fiscalización" (Nava, 2008, p. 31).

TOLEDO (2006) sostiene que se puede concluir que mediante la tercerización la empresa beneficiaria va a contratar con miras a satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicios especializados, no de una prestación de los trabajadores de la contratista, como sí sucede en la intermediación (p. 9).

A) La intermediación laboral

En el marco del Convenio N° 181 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) "Convenio sobre las Agencias de Empleo Privadas"[1] los servicios de intermediación laboral consisten en que una agencia de empleo privada (persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas) ponga sus trabajadores a disposición de una tercera persona (física o jurídica), llamada "empresa usuaria", la que determina sus tareas y supervisa su ejecución.

De este modo, los servicios de intermediación suponen la provisión o destaque de trabajadores de su empleador (empresa de intermediación) para ser

1 El Convenio N° 181 de la OIT fue adoptado el 03 de junio de 1997 y está en vigor para la OIT desde el 10 de mayo de 2000. Se aplica en 32 países, habiendo sido rechazado por un poco más de 150 países. Esta información puede ser verificada en los siguientes enlaces web: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312326
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312326:NO

dirigidos por otra persona (empresa usuaria) con el fin de prestar a favor de ella sus servicios a pesar que esta última no sea su empleador.

La OIT permite la intermediación laboral para cualquier tipo de empresa privada sin importar su giro ni la actividad o tipo de trabajadores, de tal manera que corresponde a la legislación nacional de cada Estado Miembro regular la actividad de las empresas de intermediación y empresas usuarias para garantizar los derechos de los trabajadores destacados y con el objetivo de evitar el uso fraudulento de esta figura[2].

Es oportuno expresar que el convenio tratado fue rechazado por la mayoría de países miembros de la OIT, entre los cuales se encuentra el Perú. Hasta la fecha el convenio sobre las agencias de empleo no ha sido ratificado por nuestro país y, en este sentido, no forma parte nuestro derecho nacional; sin embargo, no cabe duda que el convenio tiene carácter de recomendación, brindando directrices no vinculantes respecto a lo que se entiende por intermediación laboral y los alcances de esta figura desde la perspectiva de la OIT.

Toyama (2020) alega que la intermediación laboral puede ser definida como la provisión de trabajadores de una entidad que es el empleador (empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores) para que estos presten servicios bajo la dirección o sujeción de un tercero (empresa usuaria) (p. 223). Asimismo, recurriendo a la idea de Villavicencio (2000), sostiene que se aprecian relaciones triangulares por las cuales se rompe la tradicional relación directa y bilateral entre quien emite las órdenes (empleador) y aquellos que deben cumplirla (trabajadores), resultando que en medio de ambos aparece el empleador formal que será la entidad de intermediación laboral. Señala que, si bien en el plano jurídico se configuran dos relaciones (una entre las empresas y otra entre los trabajadores y su empleador), lo cierto es que en la práctica la intermediación laboral importa la configuración de tres relaciones:

- Una relación jurídica de carácter civil: entre la empresa de intermediación y la empresa usuaria.

2 Sin perjuicio de ello, el convenio ha establecido que en cada país se debe implementar un sistema de licencias o autorizaciones, así como las condiciones por las que se rija el funcionamiento de estas agencias, las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo y las empresas usuarias, así como el deber de información a la autoridad con fines estadísticos.

- Una relación jurídica de naturaleza laboral: entre los trabajadores que son destacados a la empresa usuaria y la empresa de intermediación.
- Una relación de sujeción laboral: entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de intermediación que le ha sido destacado.

Quiroz (2014) sostiene que la intermediación laboral, al estar basada en el préstamo de trabajadores rompe el binomio laboral sobre el que se constituyó el Derecho Laboral pues lo que existe realmente es la interposición de un tercer sujeto, ajeno a la relación laboral típica que, sin tener trabajadores en su planilla, es quien se beneficia de la actividad de aquellos (p. 13).

Carhuatocto señala que en la intermediación laboral existe un copatronato puesto que el trabajador puede recibir instrucciones y órdenes tanto de la empresa de intermediación como de la empresa usuaria (p. 26). Puntriano (2020) explica que el poder de dirección del empleador es indelegable y que el único caso regulado normativamente que permite la delegación de tal poder se da la intermediación laboral porque la empresa usuaria es quien en la práctica lo ejerce (pp. 726).

Las normas nacionales que actualmente regulan de manera íntegra la intermediación laboral en el Perú son la Ley N° 27626 "Ley que regula la actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores" (vigente desde el 10 de enero de 2002, en adelante la Ley de Intermediación Laboral) y su modificatoria efectuada por Ley N° 27696 (vigente desde el 13 de abril de 2002), así como el D.S. N° 003-2002-TR "Disposiciones para la aplicación de las Leyes Nº 27626 y N° 27696 que regulan la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores" (vigente desde el 29 de abril de 2002, en adelante el Reglamento de la Ley de Intermediación) y sus diversas modificatorias[3].

Dichas normas señalan que la intermediación laboral sólo podrá prestarse por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas conforme a la Ley General de Coo-

3 El D.S. N° 003-2002-TR ha sido modificado a través de los D.S. N° 006-2003-TR del 24 de mayo de 2003, D.S. N° 019.2006-TR del 29 de octubre de 2006, D.S. N° 008-2007-TR del 27 de abril de 2007 y D.S. N° 020-2007-TR del 20 de setiembre de 2007 y D.S. N° 004-2019-TR del 05 de mayo de 2019.

perativas, las cuales deben tener como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral y destacar a su personal a una empresa usuaria para prestar servicios temporales, complementarios o de alta especialización, siempre que cumplan con los requisitos de la Ley y estén registradas ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. A su vez, precisa que los trabajadores destacados no pueden ejecutar permanentemente la actividad principal de dicha empresa[4].

Además, se tiene a la Resolución Ministerial Nº 048-2010-TR "Directiva que regula el procedimiento para la inscripción en el Registro Nacional de Empresas y Entidades de Intermediación Laboral – RENEEIL" (la Directiva del RENEEIL, en adelante), que define a la intermediación laboral como la prestación lícita de servicios a través de terceros (empresas de servicios o cooperativas de trabajo), en la que intervienen trabajadores destacados a la empresa usuaria para desarrollar labores temporales, complementarias o altamente especializadas.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha 19.12.2011 emitida en el Exp. N° 06371-2008-AA/TC ha establecido que la intermediación laboral tiene como finalidad exclusiva la prestación de servicios por parte de una tercera persona destacada para que preste servicios temporales, complementarios o de alta especialización en otra empresa llamada usuaria.

Cabe citar las Casaciones N° 275-2012-LA LIBERTAD del 08 de junio de 2012 (publicada el 10 de julio de 2012) y N° 4168-2011-JUNÍN del 17 de agosto de 2012 (publicada el 02 de enero de 2014), las cuales han resuelto que en la intermediación la empresa usuaria tiene facultad de fiscalización y dirección del personal destacado y que no interesa el resultado de los servicios, sino simplemente que el intermediador provea de mano de obra a la empresa usuaria.

De este modo, teniendo en cuenta la normativa nacional e internacional, la doctrina y jurisprudencia, se puede concluir que la intermediación laboral es una forma de subcontratación o externalización productiva o funcional que consiste en la provisión de mano de obra de trabajadores por parte de su empleador (entidad de intermediación – empleador formal) a favor de un empresario que los

4 Las empresas de servicios temporales, complementarios y especializados pueden desarrollar simultáneamente las actividades de intermediación previstas en la Ley, siempre que ello conste así en su Estatuto y Registro; mientras que las cooperativas de trabajo temporal sólo pueden intermediar para supuestos de temporalidad y las cooperativas de trabajo y fomento del empleo, para actividades complementarias y de alta especialización.

dirige y controla (empresa usuaria – empleador real) que se lleva a cabo en determinados supuestos (temporalidad, complementariedad y alta especialización).

B) La tercerización de servicios

Es una figura laboral de contratación de terceros que se encuentra regulada en la Ley N° 29245, el Decreto Legislativo N° 1038 y en el D.S. N° 006-2008-TR.

Según lo dispuesto por la Ley N° 29245 "Ley de Tercerización de Servicios" (en adelante, Ley de Tercerización) se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Según el Manual de Preguntas Frecuentes Laborales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2021), la tercerización de servicios es una forma de organización empresarial por la que una empresa denominada principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal (proceso productivo) a una o más empresas denominadas tercerizadoras, para que estas lleven a cabo un servicio u obra a través de sus propios trabajadores, quienes se encuentran bajo su exclusiva subordinación. Son tercerizadoras tanto las empresas contratistas como las subcontratistas. En ese sentido, concluye que bajo ningún contexto la tercerización constituye la simple provisión de personal, la empresa tercerizadora mantendrá siempre su autonomía en todos los aspectos (p. 137).

De conformidad con el Decreto Legislativo Nº 1038, las obligaciones y restricciones establecidas para la tercerización de servicios relacionadas al contenido del contrato de tercerización, registro, obligaciones de información a los trabajadores y garantías de derechos laborales, son aplicables a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica. En este sentido también se manifiesta el artículo 2 del D.S. N° 006-2008-TR "Reglamento de la Ley Nº 29245 y del Decreto Legislativo Nº 1038, que regulan los servicios de tercerización" (en adelante, el Reglamento de la Ley de Tercerización de Servicios), cuyo último párrafo señala que los mecanismos de vinculación

empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la Ley.

El artículo 6 del indicado dispositivo dispone que el desplazamiento continuo del trabajador es aquel realizado de forma regular entre la empresa tercerizadora y la empresa principal que se configura cuando: a) El desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o, b) Exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

Es por lo anterior que, a efectos laborales, la tercerización regulada es aquella que supone un desplazamiento continuo del personal de la empresa de tercerización, el cual implica el traslado regular del trabajador o trabajadores de la empresa tercerizadora al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal[5]. manteniéndose en todo momento bajo la exclusiva subordinación de aquélla; todo ello conforme lo establece el Reglamento de la Ley de Tercerización de Servicios.

Resulta oportuno recordar que el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral señala en su artículo 4 que no son intermediación laboral[6]: a) los procesos de tercerización externa, b) los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa, y c) los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos (financieros, técnicos o materiales) y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación[7].

---

5 El artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral define al centro de trabajo como el lugar o lugares donde se encuentran las instalaciones de la empresa usuaria donde el trabajador presta sus servicios; y al centro de operaciones como el lugar o lugares donde el trabajador realiza sus labores fuera del centro de trabajo de la empresa usuaria.

6 Por su parte, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en el Informe N° 067-2012-MTPE/2/14 titulado "Absolución de consultas respecto a servicios complementarios de intermediación laboral" (emitido el 03 de diciembre de 2012) precisó que el listado de actividades que no constituyen intermediación laboral contenido en el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral es taxativo.

7 La legalidad del referido artículo 4 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la República en la Sentencia de Acción Popular N° 1949-2004 de fecha 26 de mayo de 2005, en la cual se estableció

En este sentido, no se debe asimilar el destaque de trabajadores que se presenta en la intermediación laboral con el desplazamiento de trabajadores típico de la tercerización de servicios.

2. Destaque de trabajadores y desplazamiento de trabajadores

El término "destaque de trabajadores" es distinto al término "desplazamiento de trabajadores": mientras que el destaque de trabajadores se presenta en los supuestos de intermediación laboral al amparo de la Ley N° 27626 y el D.S. N° 003-2002-TR, el desplazamiento de trabajadores se presenta en la tercerización de servicios laborales, regulada en la Ley N° 29245, el Decreto Legislativo N° 1038 y en el D.S. N° 006-2008-TR.

La Ley de Intermediación Laboral ni su Reglamento contienen una definición del término "destaque de trabajadores"; sin embargo, se cuenta con una referencia normativa para dotarle de significado. Se trata del artículo 1 del Reglamento de la Ley de Tercerización de Servicios, que dispone lo siguiente:

> ***"Simple provisión de personal.-*** *Es la cesión de trabajadores, la cual es considerada como ilícita, con excepción del destaque de trabajadores que se encuentra regulado en la Ley Nº 27626, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-2002-TR, y sus normas complementarias y modificatorias. No constituyen una simple provisión de personal el desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora que se realiza en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, la tercerización sin desplazamiento continuo, el encargo integral a terceros de actividades complementarias, ni las provisiones de obras y servicios sin tercerización."* (Subrayado nuestro)

De la lectura del citado artículo cabría sostener que el destaque de trabajadores es una provisión de personal o cesión de trabajadores o de mano de obra por parte del empleador formal (entidad de intermediación) hacia el centro de trabajo o centro de operaciones del empleador real (empresa usuaria) que se presenta en los supuestos de intermediación laboral regulados en la Ley N° 27626, a diferencia de lo que ocurre en la tercerización con desplazamiento continuo,

---

que esta norma excluye del ámbito de la intermediación laboral a diversos supuestos que no se le asemejan como es la tercerización de servicios; por lo que concluyó que el espíritu y sentido de la norma reglamentaria cuestionada fue el de establecer criterios de identificación y diferenciación entre la tercerización de servicios y la intermediación laboral, no pretendiendo de ninguna manera regular aquella.

tercerización sin desplazamiento continuo, encargo integral a terceros de actividades complementarias, provisiones de obras y servicios sin tercerización; figuras en las que no se presenta el destaque de trabajadores. De este modo, es evidente que las normas sobre tercerización diferencian esta figura de todo supuesto de "provisión de personal" que es propio de la intermediación laboral[8].

Como lo ha dispuesto la norma anteriormente citada, así como el artículo 4-B del Reglamento de la Ley de Intermediación[9], se considera que lo que está prohibido es la simple provisión de personal; estando permitida la provisión de personal que se presenta en algunos de los supuestos regulados en las normas de intermediación laboral y en cumplimiento de los requisitos establecidos en ellas. Al ser la intermediación laboral un destaque de trabajadores cabe concluir que es una cesión de mano de obra[10] permitida en nuestro ordenamiento jurídico, siempre que se lleve a cabo únicamente en los supuestos autorizados por la Ley N° 27626 y su Reglamento.

Esta afirmación se encuentra respaldada por lo resuelto en la Sentencia de Acción Popular N° 1949-2004 de fecha 26 de mayo de 2005, en la que se establece que la intermediación laboral supone un destaque de mano de obra y bajo dependencia de los trabajadores de los *services* y cooperativas a la empresa usuaria; figura que difiere en cuanto a la naturaleza y objeto con la tercerización de servicios, toda vez que en esta última se presta un servicio integral bajo cuenta, costo y riesgo de quien brinda los servicios.

Como principales diferencias entre la tercerización y la intermediación laboral, García (2013) señala que en la primera de ellas se presenta el desplazamiento de personal como "medio" para conseguir la finalidad que la empresa terceri-

8 Así consta en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1038 (Presidencia del Consejo de Ministros, 2008) y en la Exposición de Motivos del D.S. N° 006-2008-TR (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2016).

9 Artículo 4-B del D.S. N° 003.2002-TR: La contratación de servicios que incumpla las disposiciones del artículo 4 del presente decreto supremo, o que implique una simple provisión de personal, origina que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal.

10 Puntriano (2015) señala que en la subcontratación a través de la intermediación laboral no podría entenderse que ocurre propiamente una manifestación de descentralización productiva, puesto que no se está externalizando actividades, sino contratando a una empresa para que suministre personal (p. 194).

zadora pueda ejecutar el servicio para la cual ha sido contratado (no se trata de una "provisión o préstamo de trabajadores"); mientras que en la intermediación laboral, el destaque de personal es el "fin", opera mediante el destaque de trabajadores para que desarrollen labores a favor de la empresa cliente o también llamada usuaria (p. 35).

3. Intermediación laboral: cesión de personal permitida

El artículo 4 del D.S. N° 003-97-TR "TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral" dispone que, en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

Es evidente que esta disposición contiene una presunción a favor de la contratación laboral indefinida, por lo que la regla general es la contratación laboral directa, siendo la intermediación laboral un supuesto excepcional (Puntriano, 2011, p. 153). Toyama (2008b) sostiene que la regla en el ordenamiento es la contratación directa sobre la indirecta (p. 97).

Anteriormente se ha explicado que la intermediación laboral supone el destaque de trabajadores que implica la provisión de personal o cesión de trabajadores o de mano de obra por parte del empleador formal (entidad de intermediación) hacia el centro de trabajo o centro de operaciones del empleador real (empresa usuaria) que dirige al personal cedido o destacado, que se presenta en los supuestos de intermediación laboral regulados en la Ley N° 27626 (temporal, complementario y altamente especializado).

A su vez, el Informe N° 067-2012-MTPE/2/14 "Absolución de consultas respecto a servicios complementarios de intermediación laboral" del 03 de diciembre de 2012, emitido por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, señala como una de sus conclusiones que la intermediación consiste en proporcionar la mano de obra de trabajadores, cuya actividad va a ser dirigida y controlada por el empresario. En este mismo sentido se manifiesta la Corte Suprema en las Casaciones N° 275-2012-LA LIBERTAD y N° 4168-2011-JUNÍN, previamente citadas.

Es más, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha difundido el tríptico titulado "Intermediación Laboral" en el que se define a la intermediación

laboral como el destaque o cesión de mano de obra por parte de una entidad intermediadora (empresa de servicios constituida exclusivamente para tal fin o cooperativa de trabajadores) hacia una empresa usuaria, existiendo vínculo laboral entre la entidad intermediadora y el personal destacado.

La OIT (1997) advierte que en la intermediación laboral el principal problema es determinar si los trabajadores de las entidades de intermediación disfrutan un nivel adecuado de protección social comparado con el que tienen los trabajadores directamente contratados por quien se beneficia de sus servicios, pudiendo el trabajo de estas personas convertirse en una zona de alto riesgo (p. 6). Es evidente que en esta situación hay un riesgo que los trabajadores sufran perjuicios en dos niveles, tanto en materia de derechos individuales como en derechos colectivos (Neves, 1996, p. 56).

Al amparo del principio protector del Derecho del Trabajo resulta razonable que en nuestro país se haya pasado de una regulación flexible contenida en la Ley N° 24514 "Ley que regula el Derecho a la Estabilidad en el Trabajo" (que permitía la contratación vía intermediación laboral de todo tipo de actividad hasta el 50% del total de la planilla laboral) y posteriormente en el Decreto Legislativo N° 728 "Ley de Fomento al Empleo" (que restringió las actividades que se pueden intermediar y el porcentaje total de la planilla) a una normativa vigente rígida que ha limitado el concepto de las actividades permitidas[11].

La prestación del servicio de intermediación laboral se encuentra sujeto al cumplimiento por parte de la entidad de intermediación laboral de una serie de requisitos para su constitución (capital social), al otorgamiento de una autorización administrativa previa (registro ante la Autoridad Administrativa de Trabajo), a la formalidad de la contratación (contrato por escrito y registrado en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) y de la ejecución del servicio (otorgamiento de fianza y deberes de información); así como se establece la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria respecto a las obligaciones laborales de la empresa de intermediación.

11 Toyama (2008b) explica que resulta curioso que en el Perú se ha seguido un proceso inverso al de la OIT, pues los convenios internacionales de trabajo han evolucionado desde una prohibición pasando por una modulación y terminando con la admisión y regulación de la contratación laboral vía intermediación laboral (p. 94).

En el D.S. N° 013-2021-TR que aprueba la Política Nacional de Empleo Decente que se mantendrá vigente hasta el 31 de diciembre de 2030 se ha señalado que un ejemplo de los mecanismos usados por las empresas para la evasión de responsabilidades es el uso de la subcontratación o tercerización, donde las ambigüedades y vacíos legales generan desprotección legal a las y los trabajadores, quienes tienen un trabajo menos seguro y sus jornadas suelen ser más largas cuando su remuneración se basa en lo que producen y generalmente se encuentra vinculada a labores específicas. Así, además de los contratos temporales, las empresas utilizarían de forma importante, entre otros, la subcontratación o tercerización de servicios con otras empresas pequeñas, con el fin de no establecer relaciones laborales permanentes con las y los trabajadores.

II. Subcontratación de actividades

1. Actividades principales y complementarias

Las actividades complementarias son definidas por el artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación laboral como aquellas actividades de carácter auxiliar, no vinculadas a la actividad principal y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpen la actividad empresarial; no siendo indispensables para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria.

En dicha norma se han establecido como casos de actividades complementarias a las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza, entre otros. Se considera que este no es un listado taxativo, debiendo analizarse en cada caso el tipo de actividad a ser ejecutada por el personal de un tercero con el fin de determinar si es o no una actividad complementaria.

Cabe precisar que existe un tipo de actividad complementaria que es llamada "altamente especializada"[12]. Se trata de aquella actividad auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados. Toyama (2008a) sostiene que los supuestos de actividades altamente especializadas son excepcionales y se reducen a casos con

12 El Informe N° 067-2012-MTPE/2/14 de fecha 03.12.2012 sostiene que los servicios altamente especializados son actividades complementarias y no actividades principales.

un alto conocimiento en tecnología (tan sofisticado y especializado que los especialistas en el mercado son reducidos (p. 199).

La Directiva del RENEEIL señala que constituyen ejemplos de actividades altamente especializadas: saneamiento especializado, desinsectación, desratización, desinfección, limpieza, desinfección de reservorios de agua - tanques elevados y cisternas - y limpieza de tanques sépticos.

En la Casación N° 1693-2012-MOQUEGUA de fecha 13.08.2012 se ha establecido que el análisis de la actividad calificada como complementaria debe atender al caso concreto, puesto que no puede realizarse una enumeración taxativa de las mismas en un mismo contexto, principalmente porque lo que califica como actividad complementaria para una empresa, puede no serlo para otra (considerando décimo primero).

En este sentido, resulta claro que las actividades complementarias se definen en oposición a las actividades principales, las cuales son aquellas consustanciales al giro del negocio y, en general, toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa, como sería el caso de las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios.

El artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación define a la actividad principal como aquella actividad de la empresa usuaria que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa.

La Casación N° 1695-2012-MOQUEGUA señala que la actividad principal es aquella que se relaciona con el ciclo productivo, tanto las propiamente principales como aquellas que sirven como o colaboran para su cumplimiento; y que no se debe atender al objeto social o las actividades usuales de la entidad de intermediación laboral, sino a la función que la unidad productiva cumple en el mercado.

En este sentido, en contraposición a las actividades principales, las actividades complementarias deben ser periféricas; es decir, no deben formar parte

de la actividad principal o estratégica de la empresa usuaria ni tampoco de las actividades de soporte, a tal punto que la regla interpretativa debe ser la actividad principal y la excepción la complementaria (Toyama, 2008a, p. 198).

Es importante tener presente que, en el proceso de identificación de las actividades complementarias, en concordancia con el mencionado artículo 4 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, debe tenerse en cuenta que la regla en el ordenamiento peruano es la contratación directa sobre la indirecta y ello implica que la interpretación sobre los alcances de la actividad complementaria debe ser restrictiva y limitada a casos concretos (Toyama, 2008a, p. 97).

2. Subcontratación de actividades (principales y complementarias) vía intermediación laboral

La normativa vigente admite los siguientes supuestos de intermediación laboral:

A) Intermediación de servicios temporales: ocurre cuando empresa de servicios temporales o cooperativa de trabajo temporal destaca su personal a otra persona, natural o jurídica, que se denomina "empresa usuaria", con el fin de prestarle servicios para desarrollar labores temporales, la cual dirige y supervisa sus tareas; es decir, estos trabajadores se encuentran bajo el poder de dirección de la empresa usuaria.

Las labores temporales que se pueden intermediar bajo este supuesto son las correspondientes a los contratos de trabajo sujetos a modalidad de suplencia[13] y ocasional[14]. Torres (2012) precisa que en la

13 Las actividades temporales que corresponden al contrato de suplencia son aquellas destinadas a que se sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido; así como a las coberturas de puestos de trabajo estables, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo. Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias (artículo 61 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y artículo 5.1. de la Resolución Ministerial Nº 048-2010-TR "Directiva que regula el procedimiento para la inscripción en el Registro Nacional de Empresas y Entidades de Intermediación Laboral – RENEEIL").

14 Las actividades temporales que corresponden al contrato ocasional son aquellas destinadas a cubrir necesidades transitorias y distintas de la actividad habitual de la empresa usuaria

intermediación temporal el destaque de los trabajadores será temporal, aunque las actividades a desarrollar podrán tener carácter principal o complementario (p. 12).

El número de trabajadores de las empresas de servicios o cooperativas que pueden prestar servicios en las empresas usuarias bajo la modalidad de intermediación temporal no podrá exceder del 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria.

B) Intermediación de servicios complementarios: se presenta cuando una empresa de servicios complementarios o cooperativa de trabajo y fomento del empleo destaca su personal a otra persona, natural o jurídica que se denomina "empresa usuaria", con el fin de prestarle servicios para desarrollar labores complementarias, sean permanentes o temporales (Villavicencio, 2005, p. 148)[15], en las que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado.

Según lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley de Intermediación Laboral, el porcentaje limitativo del 20% de trabajadores de entidades de intermediación que pueden prestar servicios en las empresas usuarias que se ha establecido para la modalidad temporal no será aplicable a los servicios complementarios, siempre y cuando la empresa de servicios o cooperativa asuma plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.

C) Intermediación de servicios altamente especializados: consiste en que una empresa de servicios especializados o cooperativa de trabajo y fomento del empleo destaca a su personal a otra persona, natural o jurídica, llamada "empresa usuaria" con el fin de prestarle servicios para desarrollar labores altamente especializadas, en las que esta última carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados.

Al exigirse completa autonomía de la entidad de intermediación de servicios altamente especializados, no existe límite máximo de trabaja-

que no tengan una duración mayor a 6 meses al año (artículo 60 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

15 En este mismo, sentido se manifiesta el literal b) del numeral 2.2 del Informe N° 067-2012-MTPE/2/14 de fecha 03.12.2012.

dores de dichas entidades que pueden prestar servicios en las empresas usuarias.

De este modo, con relación a la subcontratación de actividades principales vía intermediación laboral, la normativa solo permite que sean subcontratadas bajo esta figura, siempre que sean actividades principales ocasionales o de suplencia. Ello se debe a que no está permitida la contratación vía intermediación laboral de actividades principales permanentes, ya que está prohibida la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa por parte de los trabajadores destacados, conforme lo ha dispuesto el artículo 3 de la Ley de Intermediación Laboral.

Por otro lado, respecto a la subcontratación de actividades complementarias vía intermediación temporal, el supuesto de intermediación de servicios complementarios es en principio el que corresponde usar (sean permanentes[16] o temporales).

Sin embargo, cabe precisar que las actividades complementarias también pueden ser subcontratadas para que se sean desarrolladas por una entidad de intermediación temporal (siempre que tengan naturaleza temporal o accidental); así como por una entidad de intermediación de servicios altamente especializados (sean temporales o permanentes), ya que las actividades altamente especializadas son un tipo de actividad complementaria con la particularidad de tener una alta especialización.

3. Subcontratación de actividades (principales y complementarias) vía tercerización de servicios

Tratándose de actividades complementarias (sean temporales o permanentes), nos topamos con que la normativa vigente únicamente tolera que sean

16 Se considera que la Casación N° 275-2012-LA LIBERTAD de fecha 08.06.2012 ha cometido un error al afirmar en el numeral 2 del considerando décimo quinto que los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad complementaria de la empresa usuaria; ello debido a que la prohibición contenida en el artículo 3 de la Ley de Intermediación Laboral está referida a la ejecución permanente de la actividad principal, mas no de una actividad complementaria. Si lo señalado por la Corte Suprema fuera cierto, entonces no existiría la intermediación de servicios complementarios ni la de servicios altamente especializados, sino únicamente se pudiera intermediar en el supuesto de temporalidad, lo que resulta claro que no sucede en nuestro ordenamiento jurídico laboral vigente.

intermediadas - mas no tercerizadas al amparo de la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 - por mandato de los artículos 1 y 2 del previamente mencionado D.S. N° 006-2008-TR "Reglamento de la Ley de Tercerización", al restringir la tercerización de servicios a la subcontratación con desplazamiento continuo de las actividades principales de la empresa usuaria para que sean realizadas por un tercero autónomo.

Ello se ha visto confirmado en la Sentencia de Acción Popular N° 1607-2012-LIMA del 23 de mayo de 2013 en la que se considera que la figura de la tercerización solo corresponde a actividades principales, puesto que considera que la subcontratación de actividades complementarios está reservada a la intermediación laboral, de conformidad con la Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley de Tercerización.

Al respecto, cabe mencionar que tal limitación no viene por mandato legal ni se debe concluir en respeto a la naturaleza de la tercerización de servicios; ya que la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 definen la tercerización en base al criterio de especialidad de la actividad, mas no por su naturaleza principal, como erróneamente señala la Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley de Tercerización.

Navarrete (2018) sostiene que, a pesar que cree que la Ley N° 29245 no fue hecha para la tercerización de servicios complementarios, ha sido el Reglamento el que expresamente ha considerado que la tercerización se puede practicar para desarrollar actividades principales; sin embargo, la Ley N° 29245 no ha sido expresa en ese sentido, pues limita su ámbito de aplicación a las actividades especializadas (p. 69).

III. Ejercicio de las facultades de dirección y fiscalización por parte de la empresa usuaria respecto a los trabajadores destacados en la intermediación laboral

1. En la intermediación temporal

La Ley de Intermediación establece que las empresas de servicios temporales son aquellas personas jurídicas que contratan con terceras denominadas usuarias para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante el

destaque de sus trabajadores para realizar las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia.

El Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral señala que la intermediación de servicios temporales consiste en emplear uno o más trabajadores con el fin de destacarlo temporalmente a una tercera persona, natural o jurídica, denominada empresa usuaria, que dirige y supervisa sus tareas.

En este sentido, acorde con la naturaleza jurídica de cesión de personal propia de la intermediación laboral, se ha establecido expresamente que en la intermediación de servicios temporales es la empresa usuaria la que ejerce el poder de dirección y fiscalización respecto a los trabajadores destacados por la entidad de intermediación.

2. En la intermediación complementaria

El artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral dispone que en la intermediación de servicios complementarios la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado. Además, el artículo 3 del mismo establece la obligación de las empresas de servicios complementarios de asumir plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.

A) Prohibición de dirección y supervisión sustancial de las tareas del personal destacado por parte de la empresa usuaria

Diversos autores sostienen que en la intermediación de servicios complementarios la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado, como fundamento para sustentar que la empresa usuaria de una intermediación complementaria no puede dirigir ni supervisar al personal destacado, resultando que la entidad de intermediación complementaria se encuentra obligada a ejercer de manera exclusiva el poder de dirección respecto a su personal. En consecuencia, sostienen que en la intermediación laboral complementaria no se produce una cesión de trabajadores y que en

realidad este supuesto de subcontratación no es una intermediación sino una tercerización de servicios[17].

En este sentido también se ha manifestado el Informe N° 244-2003-SUNAT/2B000 de fecha 25.08.2003 según el cual, en la intermediación de servicios complementarios o altamente especializados, la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado, por lo que no puede determinar ni supervisar sustancialmente las tareas del trabajador destacado.

Por su parte, al referirse a la intermediación laboral de servicios complementarios y altamente especializados, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo consigna en el Informe N° 067-2012-MTPE/2/14 que la normativa sobre intermediación laboral regulada en la Ley N° 27626 y el D.S. N° 003-2002-TR trae un tratamiento sistemático de este instituto que mantiene bajo su ámbito a figuras de descentralización productiva que responden a fenómenos de subcontratación distintos al suministro de mano de obra.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido en la Casación N° 1693-2012-MOQUEGUA de fecha 13.08.2012 que la Ley N° 27626 contiene dos supuestos diferentes: a) Cesión de mano de obra legalizada (intermediación temporal) en la que la empresa usuaria ejerce el poder de dirección sobre los trabajadores destacados; y, b) Subcontratación de servicios (intermediación complementaria e intermediación especializada), en las cuales las empresas de intermediación ejercen el poder de dirección sobre sus trabajadores, por lo que estas intermediaciones no son casos de cesión de mano de obra[18].

17 Entre otros, esta opinión es sostenida por Villavicencio (2000) (p. 88-89), Villavicencio (2005 (p. 149-150), Arce (2008, p. 121), Toyama (2020) (p. 233), Toyama (2008b) (p. 98), Torres (2012) (p. 11, 14-15).

18 Llama la atención que la Corte Suprema haya emitido un pronunciamiento de este tipo cuando un mes antes y también días después, la misma Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente emitió el 08.06.2012 la Casación N° 275-2012-LA LIBERTAD (publicada el 10.07.2012) y el 17.08.2012 la Casación N° 4168-2011-JUNÍN (publicada el 02.01.2014), en las que expresamente resolvió que en la intermediación la empresa usuaria tiene facultad de fiscalización y dirección del personal destacado y que no interesa el resultado de los servicios, sino simplemente que el intermediador provea de mano de obra a la empresa usuaria; sin hacer distinción alguna respecto a las intermediación de servicios complementarios ni haber afirmado que dicho supuesto no sea uno de intermediación.

Sin embargo, en el presente artículo se sostiene que la disposición que señala que la empresa usuaria de una intermediación de servicios complementarios no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado, no implica por sí misma que en la intermediación de servicios complementarios la empresa usuaria esté prohibida de ejercer poderes de dirección y de supervisión sobre el personal destacado.

Como fundamento principal de la postura indicada se encuentra la propia naturaleza jurídica de la intermediación laboral, la cual supone un destaque de trabajadores o cesión de personal que implica la presencia de dos empleadores: uno formal – empresa de intermediación – y otro real – empresa usuaria (2010, De Lama y Gonzáles, p. 137.).

El numeral 5.1. de la Directiva del RENEEIL define a la empresa usuaria como aquella persona que ejerce las facultades de dirección y supervisión de las tareas del personal destacado, sin hacer distinción alguna respecto a los diversos supuestos de intermediación. Si se niega que la empresa usuaria pueda ejercer poder sobre el personal destacado, se privaría de su naturaleza de intermediación a este supuesto de subcontratación de terceros para la realización de actividades complementarias, a pesar que se trata de un supuesto de intermediación laboral regulado expresamente en la ley[19].

Por otro lado, es diferente afirmar que la empresa usuaria carezca de poder de dirección y de supervisión sobre el personal destacado (como expresamente lo ha dispuesto la Ley de Intermediación Laboral en su artículo 11.1 para el supuesto de intermediación de servicios altamente especializados) que exigir a la empresa usuaria de una intermediación de servicios complementarios no ejercer dichos poderes de manera sustancial.

Que la empresa usuaria carezca de poderes de dirección y supervisión no es lo mismo que sí los tenga, pero en un grado que no los centralice y no los asuma de manera que prive de su titularidad a la empresa de intermediación. En este mismo sentido, el Manual de Preguntas Frecuentes Laborales del Ministerio

19 Toyama (2008b) afirma que la regulación legal desnaturaliza la figura de la intermediación laboral al excluir al empleador de sus facultades de dirección y control. Señala que las actividades complementarias como las altamente especializadas reflejan un contenido "anti-intermediación laboral" (p. 98).

de Trabajo y Promoción del Empleo (2021) señala que en la intermediación la empresa de servicios **cede parte** de su poder de dirección (dirección y fiscalización) a la usuaria mientras que mantiene el poder disciplinario (sanción), a diferencia de lo que sucede en la tercerización de servicios en la que el poder de dirección lo ejerce íntegramente la contratista (p. 138).

Además, sostener que la empresa usuaria carece de facultad de dirección sobre el personal destacado en una intermediación complementaria sería asimilarla a la intermediación altamente especializada en la que expresamente se ha establecido que la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados, por lo que no tendría sustento alguno que sean supuestos de intermediación diferentes, especialmente cuando ambas intermediaciones son para actividades complementarias.

Asimismo, es necesario tener presente que la regulación restrictiva de la intermediación laboral (supuestos limitados, autorización previa y permanente por medio del RENEEIL, registro de contratos, fianza, responsabilidad solidaria, etc.) se justifica por la intervención o injerencia de la empresa usuaria respecto al personal destacado con el que no tiene vínculo laboral alguno; a diferencia de lo que sucede en la tercerización de servicios en que la empresa principal no tiene injerencia alguna sobre el personal desplazado, por lo que no se les aplica la mayoría de estas exigencias[20]. En consecuencia, si se sostiene que la empresa usuaria no puede ejercer de ninguna manera poder sobre el personal destacado producto de una intermediación laboral complementaria, entonces no habría razón alguna que justifique el tratamiento restrictivo propio de la intermediación laboral.

La Casación N° 275-2012-LA LIBERTAD (publicada el 10 de julio de 2012) y la Casación N° 4168-2011-JUNÍN (publicada el 02 de enero de 2014), expresamente han resuelto que en la intermediación la empresa usuaria tiene facultad de fiscalización y dirección del personal destacado y que no interesa el resultado de los servicios, sino simplemente que el intermediador provea de mano de obra a la empresa usuaria; sin hacer distinción alguna respecto a

20 Toyama (2008b) señala que, mientras que la intermediación laboral tiene una reglamentación muy rígida y limitada, el outsourcing o tercerización cuenta con una regulación genérica y abierta, pero bajo ciertos requisitos (p. 85).

las intermediación de servicios complementarios ni haber afirmado que dicho supuesto no sea uno de intermediación.

El citado Informe N° 067-2012-MTPE/2/14 señala como una de sus conclusiones que la intermediación consiste en proporcionar mano de obra de trabajadores, cuya actividad va a ser dirigida y controlada por el empresario. Precisa que no todas las facultades que integran el poder de dirección de la entidad de intermediación son trasladadas a la empresa usuaria, ya que la facultad disciplinaria es conservada por la entidad que suministra la mano de obra.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha precisado en el mencionado tríptico titulado "Intermediación Laboral" respecto al poder de dirección que, mientras en la intermediación laboral la empresa de servicios cede parte de su poder de dirección (dirección y fiscalización) a la empresa usuaria y mantiene el poder disciplinario, en la tercerización laboral el poder de dirección lo ejerce íntegramente la empresa tercerizadora.

Es por ello que se sostiene que, si bien que la disposición del artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral que señala que la empresa usuaria de una intermediación de servicios complementarios no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado puede llevar a pensar que en la intermediación de servicios complementarios la empresa usuaria está prohibida de ejercer poderes de dirección y de supervisión sobre el personal destacado, lo cierto es que no debe perderse de vista la naturaleza jurídica de destaque de personal de la intermediación laboral, por lo que se considera que la empresa usuaria sí puede ejercer poder de dirección sobre el personal destacado, aunque no de manera sustancial y exclusiva[21], conforme a los fundamentos anteriormente explicados.

Esta afirmación se encuentra respaldada por el hecho que no ha sido regulado como supuesto de desnaturalización de la intermediación de actividades complementarias que la empresa usuaria ejerza poderes de dirección y de supervisión sobre el personal destacado, conforme se puede corroborar de la revisión

21 Este supuesto es considerado por Mejía (2014) como un caso de "tercerización blanda", en el que el destaque de trabajadores es parte gravitante del contenido del servicio por ser intensiva en mano de obra y, a su vez, la entidad de intermediación dirija sustancialmente la actividad de sus trabajadores y goce de autonomía técnica y organizativa (p. 102).

de los artículos 4 y 8 de la Ley de Intermediación Laboral y del artículo 14 de su Reglamento.

B) Exigencia de asunción de plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de las actividades de la empresa de intermediación:

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, no se puede dejar de advertir que el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral establece la obligación de las empresas de servicios complementarios de asumir plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.

Es por tal disposición normativa que cabe preguntarse lo siguiente: ¿La intermediación de servicios complementarios tal cual está regulada en nuestro país requiere que la entidad de intermediación sea completamente autónoma, de tal modo que la empresa usuaria esté prohibida de intervenir en la dirección y supervisión del personal destacado?

Cabe recurrir a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley de Intermediación Laboral, según el cual no resulta aplicable el límite del 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria para destacar trabajadores de entidades de intermediación de servicios complementarios, siempre y cuando la entidad asuma plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades. Es así que se podría sostener que esta exigencia de asunción de plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades por parte de la empresa de intermediación de servicios complementarios únicamente tendría por finalidad delimitar los casos en los que no corresponde aplicar el límite porcentual de cantidad de trabajadores destacados (Toyama, 2008a, p. 201).

Esta norma permite concluir que en la intermediación de servicios complementarios se pueden presentar dos escenarios: por un lado, uno en el que la entidad de intermediación asuma plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, en cuyo caso no se aplicaría el porcentaje limitativo; y, por otro lado, un panorama en el que la entidad de intermediación no asuma plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, ante lo que correspondería aplicar el límite indicado.

Como se puede apreciar, la misma Ley de Intermediación Laboral admite la posibilidad que una entidad de intermediación de servicios complementarios pueda no tener plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, en cuyo caso simplemente corresponde aplicar el porcentaje limitativo; admisión que implica que el grado de autonomía de la entidad de intermediación no es el criterio que define por sí mismo a la intermediación de servicios complementarios en nuestra normativa vigente.

Por tanto, respecto a la exigencia a las entidades de intermediación de servicios complementarios de asumir plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades regulada en el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Intermediación, se sostiene que este requerimiento no descarta por sí mismo la posibilidad que la empresa usuaria pueda efectivamente dirigir y supervisar (aunque no de manera sustancial) al personal destacado de una entidad de intermediación, ya que exigir a las empresas de servicios complementarios que asuman autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, no es lo mismo que prohibir que la empresa usuaria intervenga en la dirección y fiscalización o supervisión de los trabajadores destacados; siendo relevante tal exigencia únicamente para determinar si corresponde o no aplicar el límite de contratación del 20% para el personal destacado en relación a los trabajadores de la empresa usuaria.

3. En la intermediación altamente especializada

El artículo 11.3 de la Ley de Intermediación Laboral ha dispuesto de manera expresa que en este supuesto de intermediación la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados; por lo que en este caso la entidad de intermediación centraliza de manera exclusiva todos los poderes propios del empleador.

IV. Problemática de la regulación actual de la subcontratación de servicios complementarios y planteamiento de modificaciones normativas

Tal cual se encuentra regulada en nuestro país la subcontratación de actividades complementarias, se considera que se presentan dos situaciones que cuestionan la naturaleza jurídica de destaque de personal que merecen ser revisadas:

1. Subcontratación de actividades complementarias a una empresa autónoma que ejerce de manera exclusiva los poderes del empleador

Como ya se ha explicado anteriormente, las actividades complementarias (sean temporales o permanentes), no pueden ser subcontratadas vía tercerización de servicios puesto que la normativa vigente únicamente tolera que sean intermediadas por mandato de los artículos 1 y 2 del Reglamento de la Ley de Tercerización, al restringir la tercerización de servicios a la subcontratación con desplazamiento continuo de las actividades principales de la empresa usuaria para que sean realizadas por un tercero autónomo. De este modo, las actividades complementarias solo podrían ser subcontratadas a través de la intermediación laboral de servicios complementarios o altamente especializados y no a través de la tercerización de servicios.

Sin embargo, en el supuesto de subcontratación de terceros para realizar actividades complementarias por una empresa plenamente autónoma y que ejerza de manera exclusiva los poderes propios de su calidad de empleador (dirección, fiscalización y sanción), no se estaría ante un supuesto de destaque de personal propio de la intermediación laboral, encontrándose en realidad ante una tercerización de servicios, en la que se presenta un desplazamiento de personal y no existe injerencia alguna de la empresa principal sobre los trabajadores de la empresa contratista.

Es por lo anterior que se plantea que para los supuestos de contratación de un tercero con el fin de que ejecute de manera autónoma una actividad complementaria de una empresa usuaria en los que esta carezca de poderes de dirección y supervisión sobre el personal destacado, se debería permitir la tercerización de servicios de actividades complementarias de la empresa usuaria al amparo de la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038.

Para ello sería necesario efectuar las modificaciones reglamentarias de los artículos 1 y 2 del Reglamento de la Ley de Tercerización, propuesta que se condice con lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento de la Ley de Tercerización (D.S. N° 006-2008-TR), según el cual el encargo integral a terceros de actividades complementarias no constituye una simple provisión de personal, es decir, no es intermediación laboral.

2. Subcontratación de servicios altamente especializados

A partir de la diferencia que existe entre la intermediación laboral y la tercerización de servicios se aprecia que existen diversos niveles de autonomía que una empresa subcontratada puede tener al prestar un servicio relacionado con una actividad complementaria de la empresa usuaria o principal: en la intermediación de servicios complementarios se exige autonomía técnica y responsabilidad de sus actividades a la empresa subcontratista, mientras que en la tercerización de servicios se le requiere a la empresa subcontratada ser autónoma en todo sentido, de tal modo que no solamente está obligada a tener autonomía técnica y a ser responsable de sus actividades, sino que además debe ejercer de manera exclusiva los poderes de empleador del personal desplazado.

Sin embargo, a partir de lo dispuesto en el artículo 11.3 de la Ley de Intermediación Laboral y en el artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral que disponen que en el supuesto de intermediación laboral de servicios especializados la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios altamente especializados y que en la intermediación de este tipo de actividades la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado, cabría sostener que en realidad la subcontratación de actividades complementarias altamente especializadas no supone el destaque de trabajadores propio de la intermediación laboral, sino un desplazamiento de trabajadores que se presenta en la tercerización de servicios.

Villavicencio (2000) sostiene que, respecto a la regulación de la subcontratación de servicios altamente especializados en nuestro país, resulta evidente que la normativa de intermediación laboral se encuentra dentro del fenómeno de la tercerización y no de la intermediación, porque no se cumple con el desdoblamiento del empleador que es esencial en el fenómeno de la intermediación (p. 149-150).

Es por lo anteriormente mencionado que se sugiere que la modificación normativa de los artículos 1 y 2 del Reglamento de la Ley de Tercerización venga acompañada por una derogación del supuesto de intermediación de servicios altamente especializados contenido en la Ley N° 27626 "Ley de Intermediación Laboral" y su Reglamento (D.S. N° 003-2020-TR); así como de toda norma que lo regule, de tal manera que la inclusión de contratación de actividades

complementarias vía tercerización de servicios también se aplique para permitir la contratación de un tercero con el fin de ejecutar con autonomía actividades de alta especialización (que tienen naturaleza complementaria).

Producto de los cambios normativos sugeridos a nivel legal y reglamentario, el panorama laboral respecto a la subcontratación de un tercero para realizar actividades complementarias de una empresa usuaria o principal podría efectuarse tanto vía intermediación laboral como tercerización de servicios, lo que finalmente dependerá de la especialidad del servicio, las condiciones de ejecución, el nivel de autonomía de la empresa tercera y el grado de ejercicio del poder de dirección por parte de la empresa usuaria o principal, según corresponda; todo ello a determinarse en respeto del principio de primacía de realidad y de la naturaleza jurídica de ambos mecanismos de subcontratación laboral (intermediación laboral y tercerización de servicios).

V. Conclusiones

1. La intermediación laboral es una forma de subcontratación o externalización de las actividades de una empresa usuaria que supone el destaque de trabajadores o la provisión de personal por parte del empleador formal (entidad de intermediación) hacia el centro de trabajo o centro de operaciones del empleador real (empresa usuaria) que está permitida únicamente en tres supuestos: temporal (ocasional y suplencia), complementario (la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado) y altamente especializados (la empresa usuaria carece de poder de dirección sobre el personal destacado).
2. La intermediación de actividades complementarias admite la posibilidad de intervención no sustancial de la empresa usuaria sobre el personal destacado en el supuesto de intermediación complementaria, respetando la naturaleza de intermediación laboral.
3. La regulación de la intermediación laboral de servicios altamente especializados se encuentra dentro del fenómeno de tercerización (no de intermediación), al haberse regulado expresamente que la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados.

4. Considerando que la normativa vigente no permite la tercerización de actividades complementarias (sean temporales o permanentes) de una empresa principal, se plantea la modificación de los artículos 1 y 2 del Reglamento de la Ley de Tercerización y la derogación del supuesto de intermediación de servicios altamente especializados contenido en la Ley N° 27626 y el D.S. N° 003-2020-TR, así como en toda norma que lo desarrolla, con que se autorice la tercerización de servicios complementarias.
5. Se plantea un panorama laboral normativo que permita tanto la intermediación laboral como la tercerización de servicios para la subcontratación de actividades complementarias, dependiendo de la especialidad del servicio, las condiciones de ejecución, el grado de autonomía de la empresa tercera y el grado de ejercicio del poder de dirección por parte de la empresa usuaria o principal, según corresponda; todo ello a determinarse en respeto del principio de primacía de realidad y de la naturaleza jurídica de ambos mecanismos de subcontratación laboral.

VI. Bibliografía

Arce Ortiz, E. (2006). *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Lima: Palestra Editores.

Arce Ortiz, E. (2008). *Derecho Individual de Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias*. Palestra, Lima: Palestra.

Carhuatocto Sandoval, H. (2013). La Casación Laboral N° 1399-2010-LIMA que atiza el debate sobre la tercerización de las actividades principales y el fraude a la ley laboral. *Diálogo con la Jurisprudencia, mayo (176)*, 25-34.

De Lama Laura, Manuel G., Gonzáles Ramírez, L.A. (2010). *Desnaturalización en las relaciones laborales. Situaciones de Simulación y Fraude en los contratos de trabajo, tercerización, intermediación, modalidades formativas y otros*. Lima: Gaceta Jurídica.

García Manrique, A. (2013). El principio de primacía de la realidad en la intermediación laboral y en la tercerización de servicios. A propósito de

las actividades materia de externalización. *Diálogo con la Jurisprudencia, mayo (176)*, 35-40.

Mejía Madrid, R. (2014). El alcance de la regulación laboral de la descentralización productiva. *THĒMIS - Revista de Derecho.* (*65*), 97-106.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. *Intermediación Laboral*. [Tríptico]. Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado el 07 de enero de 2021 de

https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/informacion/TRABAJADORES/INF_INTERMEDIACION_LABORAL.pdf

Presidencia del Consejo de Ministros (2008). Decreto Legislativo N° 1038 que precisa los alcances de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización. Exposición de Motivos [Oficio N° 654-2008-DP/SCM]. Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado el 07 de enero de 2021 de http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1038.pdf

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2016). Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización. Exposición de Motivos [Oficio N° 5938-2016-MTPE/4]. Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado el 07 de enero de 2021 de http:// spij.minjus.gob.pe/graficos/ peru/ 2008/setiembre/12/EXP-DS-006-2008-TR.pdf

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2021). Manual de Preguntas Frecuentes Laborales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo [Código: M-SAT-02]. Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado el 06 de diciembre de 2021 de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2378851/Manual%20de%20Preguntas%20Frecuentes.pdf

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2021). Decreto Supremo N° 013-2021-TR que aprueba la Política Nacional de Empleo Decente que se mantendrá vigente hasta el 31 de diciembre de 2030. Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado el 07 de diciembre de 2021 de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1948845/DS%2013-2021-%20TR.pdf

Nava Guibert, L.A. (2008). *A propósito del Tratado de Libre Comercio: La Intermediación Laboral y la Tercerización de Servicios*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres – Facultad de Derecho.

Navarrete Maldonado, A. (2018). *Tercerización e Intermediación Laboral. Problemática Actual*. Lima: Gaceta Jurídica.

Neves Mujica, J. (1996). Intermediación Laboral: Agencias de Colocación y Empresas de Servicios. *Revista Derecho & Sociedad. (11),*153-157.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1997). *Trabajo en Régimen de Subcontratación. Informe VI (1) Conferencia Internacional del Trabajo 85ª Reunión. Ginebra junio de 1997* [s.n].

Puntriano Rosas, C. (2011). Los Efectos de la Subcontratación en las Relaciones Laborales: Análisis de la Responsabilidad Solidaria como Mecanismo de Tutela. *Revista Derecho & Sociedad. (37),* 151-165.

Puntriano Rosas, C. (2015). Subcontratación y Contratos Temporales. Estado de la Cuestión. En Estabilidad en el empleo, fiscalización laboral, jubilación de trabajadores independientes y el arbitraje en la negociación colectiva. *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 191-207). Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Puntriano Rosas, C. (2020). La Videovigilancia en el Ámbito Laboral. Lima: Soluciones Laborales. IX *Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 726). Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Toledo Toribio, O. (2006). Intermediación Laboral, Outsourcing y Downsizing en Intermediación Laboral. En *Revista Peruana de Jurisprudencia. Compendio Especializado* Volumen N° 50 (pp. 4-46), Trujillo: Normas Legales.

Torres Tafur, C.N. (2012). Desnaturalización de la Intermediación Laboral ¿Resulta determinante la ejecución de actividades principales de la empresa usuaria? *IUS Revista de Investigación Jurídica, II (4),1-20.*

Toyama Miyagusuku, J. (2008). *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.

Toyama Miyagusuku, J. (2008). Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias. *Revista Derecho & Sociedad. (30),* 84-103.

Toyama Miyagusuku, J. (2020). *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico – práctico.* (2a ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

Villavicencio Ríos, A. (2000). La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: el caso de la intermediación. *En Documento de Trabajo N° 124 Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*, Lima: Oficina Internacional de Trabajo.

Villavicencio Ríos, A. (2005). La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico. *Ius et Veritas, XIV (29),* 143-153.

LA CONTRATACIÓN LABORAL DIRECTA EN LA ACTUALIDAD

ALGUNOS APUNTES SOBRE LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL: A TREINTA AÑOS DE SU VIGENCIA

Carlos Cornejo Vargas*

Sumario: I. Introducción. II. Principio de Causalidad. III. Antecedentes normativos. IV. Modalidades de contratación temporal. V. Necesidad de revisión y modificación. VI. Conclusiones.

I. Introducción

La contratación temporal es un mecanismo de contratación laboral directa, de larga data en nuestra legislación, y uno de los más importantes, no solo por la frecuencia de su utilización [1], sino especialmente por su regulación, la que es necesario revisar.

* Abogado. Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor de ESAN, de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, y de CENTRUM.

1 Se afirma que ***"(…) el uso intensivo de la contratación temporal en el Perú es un fenómeno que comienza fundamentalmente luego de la reforma laboral flexibilizadora de inicios de los años noventa, la cual facilitó e incentivó la utilización de los contratos a plazo fijo, eliminando el requisito de aprobación previa de dichos contratos por parte del Ministerio de Trabajo, ampliando el periodo de duración máxima de los mismos (hasta cinco años en general), incrementando sus modalidades (hasta once) (muchas de ellas cuando menos discutibles en cuanto a su naturaleza temporal) y relajando la fiscalización de su uso, además del incentivo de la tercerización e intermediación laboral, sectores intensivos en el uso de contratos a plazo fijo (…)"*** (sic).
Ver, Cuadros Luque, Fernando. ***"Rigidez Laboral" y Contratación Temporal en el Perú:***

A fines de 1991, se promulgó, publicó y entró en vigencia el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo (**LFE**), que regula la contratación temporal, y que lo sigue haciendo hasta la fecha, aunque ahora bajo la forma de un Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, y con la denominación de Ley de Productividad y Competitividad Laboral (**LPCL**).

La **LFE** sucedió, en la regulación de los contratos de trabajo temporales, al Decreto Ley 18138, norma emitida durante el Gobierno Militar del General Juan Velasco Alvarado, que reguló de manera breve y lacónica, la contratación temporal. La referida norma se limitó a reconocer la posibilidad de celebrar contratos de trabajo temporales, sin señalar modalidades o tipos, y sin establecer un plazo máximo de duración.

Desde inicios de los años noventa, la contratación temporal se ha convertido en el mecanismo de contratación laboral más importante, y más frecuente, pues el número de contratos de trabajo temporal supera largamente al número de contratos de trabajo de duración indefinida [2]. El citado dato objetivo es innegable, como lo es también, la necesidad de revisar -a tres (3) décadas del inicio de su vigencia- la referida regulación, pues la misma tiene omisiones, inconsistencias e incluso contradicciones, que es necesario apuntar, revisar, repensar y modificar.

A los citados temas nos referimos en el presente artículo, intentando aportar algunas ideas para corregir lo que consideramos perfectible, con la intención de ofrecer a los empleadores y trabajadores un contrato de trabajo adecuado y

entre el mito y la falacia. En, Derecho y Economía Laboral: políticas y regulación de la última década". Asociación Civil Ius Et Veritas. Lima, 2020. Págs. 107 y 108.

2 Sobre la utilización de los contratos de trabajo temporales, Miguel Jaramillo y Daniela Campos, investigadores peruanos, señalan que ***"Según datos de las Planillas Electrónicas, lo que se ha observado hasta el momento es un acelerado crecimiento de los contratos a plazo fijo, que han pasado del 29% al 55% del empleo registrado entre el 2001 y el 2006, y a fines del periodo alcanzaron 1,7 millones de puestos de trabajo (….). En cambio, los empleos registrados con un contrato por tiempo indeterminado han mostrado una tendencia decreciente, en términos relativos, pues han pasado del 71% en 1999 al 37% en el 2016"*** (…)" (sic).
Ver, Miguel Jaramillo Baanante y Daniela Campos Ugaz. ***Contratos laborales en el Perú. Dinámica y determinantes.*** Documento de Investigación 98. Grupo de Análisis para el Desarrollo – **GRADE**. Lima, 2019. Pág. 23.

eficiente para atender verdaderas necesidades de servicios temporales, respetando los derechos que correspondan en el marco de una relación laboral.

II. Principio de causalidad

Los contratos de trabajo temporales encuentran su razón de ser, y su justificación en la existencia de una necesidad "temporal" de servicios [3], pues solo cuando la necesidad de servicios sea tal, será posible celebrar un contrato de trabajo temporal.

La pauta objetiva antes mencionada se denomina "principio de causalidad", el cual se presenta como el sustento del desarrollo teórico de los contratos de trabajo temporales, y como la base de la regulación legal de los mismos.

Refiriéndose al citado principio, Wilfredo Sanguineti, destacado laboralista peruano, sostiene que ***"(…) el principio de causalidad de la contratación temporal no es más que una manifestación de un principio de mayor alcance, como es el de estabilidad en el empleo. El propósito último de este principio es garantizar que el vínculo laboral durará tanto como la fuente que le dio origen"*** (sic) [4].

3 Las necesidades de servicios temporales son aquellas cuyo requerimiento es eventual u ocasional en la empresa. Nuestra legislación laboral no define las necesidades de servicios temporales, sin embargo, es posible afirmar que se trata de aquellas cuya ejecución se requiere durante un período de tiempo determinado o determinable.
Será "determinado" cuando se conoce exactamente la fecha de inicio y de término de la necesidad temporal de servicios, por ejemplo, cuando un trabajador disfruta de su descanso vacacional, en cuyo caso se sabe desde cuándo y hasta cuándo se habrá generado una vacante temporal en la empresa.
Por su parte, será "determinable" cuando se conoce el momento de inicio de la necesidad temporal de servicios, pero no se conoce -exactamente- el momento de término de la citada necesidad, lo que sucede, por ejemplo, cuando un trabajador sufre un accidente de tránsito y se incapacita para el trabajo, pues en tal caso se sabe desde cuándo el trabajador estará impedido de prestar servicios, pero no se sabe hasta cuándo durará el citado impedimento. En tal caso, la extinción de la necesidad temporal de servicios se producirá cuando el trabajador accidentado esté listo y apto para la prestación de servicios para la que fue contratado.

4 Wilfredo Sanguineti Raymond. ***Los contratos de duración determinada.*** En, Gaceta Jurídica. Lima, 2008. Pág.16.

A mayor abundamiento, y en el mismo sentido, Alfredo Villavicencio, otro destacado laboralista peruano, complementando lo antes señalado, afirma que ***"(…) la estabilidad laboral no solo está referida a la terminación justificada de la relación laboral (estabilidad laboral de salida), sino también a la imprescindible congruencia que debe existir entre el carácter de las labores a realizar (permanentes o temporales) y la duración del contrato de trabajo (indefinido o temporal), de manera que en materia laboral se impone el respeto al principio de causalidad en la contratación temporal, que señala que solo se puede recurrir a vínculos laborales a plazo fijo cuando las labores a realizar tienen la misma característica (…)"*** (sic) [5] *(el subrayado es nuestro)*.

Así pues, es claro que, solo cuando exista una necesidad temporal de servicios será posible celebrar un contrato de trabajo temporal. Y es que, cuando la necesidad de servicios sea permanente [6], corresponderá celebrar un contrato de trabajo de duración indefinida [7].

La relevancia del principio de causalidad ha sido reconocida no solo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia laboral, específicamente del Tribunal Constitucional (**TC**), el que mediante Resolución de fecha 19 de diciembre del año 2003, recaída en el Expediente N° 1874-2002-AA/TC, ha señalado que ***"(…) El régimen laboral peruano se rige, entre otros, por el principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizado mientras subsista la fuente que le dio origen. En tal sentido, hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto***

5 Alfredo Villavicencio Ríos. «Prólogo». En Arce Ortiz, Elmer. ***La contratación laboral en el Perú***. Grijley. Lima, 2008. Pág. 13.

6 Las necesidades de servicios permanentes son aquellas cuyo requerimiento es constante o cotidiano en la organización empresarial. Nuestra legislación no las define, empero, es posible afirmar que son todas aquellas actividades cuya ejecución será necesaria mientras la organización empresarial se encuentre en operación.

7 Los contratos de trabajo de duración indefinida se deben utilizar para atender necesidades de servicios correspondientes a actividades principales y permanentes. En términos genéricos podría afirmarse que los contratos de trabajo de duración indefinida permiten atender también las necesidades de servicios correspondientes a actividades complementarias y permanentes, sin embargo, creemos que la tendencia actual está llevando a las empresas a concentrarse en sus actividades principales, externalizando todas aquellas que sean accesorias, auxiliarías y periféricas a la actividad principal.
Ver, Carlos Cornejo. ***Algunas consideraciones sobre la contratación laboral.*** En, Derecho & Sociedad N° 37. Lima, 2011. Pág. 141.

de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando el objeto del contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando a través de estos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado (…)" (sic) (el subrayado es nuestro).

Teniendo en cuenta lo anterior, nuestra legislación laboral vigente, específicamente, el artículo 53° de la **LPCL**, recogiendo el referido principio establece que ***"Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar (…)"*** (sic).

De la lectura de la disposición transcrita se advierte que, al regular los contratos de trabajo temporales, nuestra legislación recoge expresa y específicamente el principio de causalidad, pues se establece que la celebración de los contratos de trabajo temporales está reservada para cuando exista una necesidad temporal de servicios.

A mayor abundamiento, corresponde apuntar que, la misma legislación[8], precisa que la vulneración del referido principio verificará un supuesto de desnaturalización que convertirá al contrato de trabajo temporal en uno de duración indefinida, y además, la comisión de una infracción laboral "muy grave"[9], la misma que en caso de ser detectada por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - **SUNAFIL** podrá ser sancionada con la imposición de una multa de hasta 52.53 Unidades Impositivas Tributarias (**UITs**)[10].

---

8 El literal d) del artículo 77º de la **LPCL**, establece que ***"Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: (…) d. Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley"*** (sic).

9 Ver el numeral 25.5) del artículo 25° del Reglamento de la Ley de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR.

10 A la fecha *(diciembre del año 2021)*, y teniendo en cuenta el valor de la **UIT**, el importe de la multa máxima por la comisión de una infracción laboral "muy grave" asciende a la

No obstante la claridad del planteamiento teórico, y de lo establecido en el artículo 53° de la **LPCL**, la norma en cuestión, en sus artículos siguientes, desconoce y afecta el principio de causalidad, estableciendo y regulando como contratos de trabajo temporales, algunos que no están pensados para atender necesidades de servicios que sean temporales. Ciertamente, la **LPCL** regula como contratos de trabajo temporales, sin que lo sean, a los contratos de trabajo por inicio o incremento de actividades; por reconversión empresarial; intermitente; y de temporada, los que teóricamente se denominan "desvirtuados", o supuestos de "contratación temporal coyuntural".

Sobre lo anterior, Fernando Cuadros y Christian Sánchez, ex – funcionarios del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - **MINTRA**, afirman que ***"(…) La contratación temporal coyuntural, es un instrumento válido de fomento del empleo de naturaleza temporal que al introducir una excepción a la vigencia del principio de causalidad (autorizando por ley la utilización de contratos temporales para la actividades permanentes) debe estar justificado en la satisfacción de intereses de igual o mayor jerarquía que aquellos que se ven afectados con su utilización como política de fomento del empleo (…)"*** [11] (sic).

Sin duda, es cuestionable que la **LPCL** reconozca a los contratos antes mencionados como temporales, sin que se lo sean. Sobre el particular, los mismos autores sostienen que ***"A pesar de que nuestra legislación reafirma el principio de causalidad en la regulación de la contratación temporal (solo se acude a este tipo de contratos para actividades estrictamente transitorias) en la regulación de cada uno de los tipos contractuales que permiten la contratación a plazo fijo se aprecia una marcada intención por promover este tipo de contratos regulándolos de manera amplia, sin vincularlos, en algunos casos y necesariamente, a la naturaleza transitoria o temporal de las actividades productivas que busca satisfacer el empleador (…)"*** [12] (sic).

---

suma de S/231,132.00 (DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CIENTO TREINTA Y DOS Y 00/100 SOLES).

11 Fernando Cuadros Luque y Christian Sanchez Reyes. ***La contratación temporal en el Perú: la informalidad escondida.*** En, Derecho y Economía Laboral: políticas y regulación de la última década". Asociación Civil Ius Et Veritas. Lima, 2020. Pág. 94.

12 Ibid. Pág. 89.

Así pues, es claro que el principio de causalidad -como eje de la contratación temporal- ha sido vulnerado y flexibilizado.

Ahora bien, con respecto, a los contratos de trabajo temporales cuestionados, a los que -como ya ha quedado dicho- se denomina "desvirtuados", cabe señalar que el artículo 57° de la **LPCL**, refiriéndose al contrato de trabajo temporal por inicio o incremento de actividades establece que el mismo se celebra para atender las necesidades de servicios generadas por el inicio de una nueva actividad empresarial; por la instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados; por el inicio de nuevas actividades; o por el incremento de las ya existentes, desconociendo que los eventos antes señalados no son -por definición- temporales, pues cuando se inicia una nueva actividad empresarial, cuando se abre un nuevo local o se ingresa a un nuevo mercado; cuando se inician nuevas actividades; o cuando se incrementan las ya existentes, no se está pensando en un período de tiempo determinado, sino indefinido.

Es cierto que no siempre que se inicia una nueva actividad empresarial; que se abre un nuevo local; que se ingresa a nuevo mercado, y especialmente, cuando se decide incrementar las actividades empresariales, se puede tener certeza del éxito y de la continuidad de las actividades empresariales, empero, no es menos cierto que, normalmente, la apuesta empresarial realizada tiene vocación de permanencia, lo que no se condice con la celebración de un contrato de trabajo temporal, sino con la celebración de un contrato de trabajo a plazo indefinido.

Reforzando lo anterior, corresponde señalar que Elmer Arce, destacado laboralista peruano, refiriéndose al contrato bajo comentario, señala que ***"(…) es un contrato (…) de claro perfil empresarial. Pues, 'ante la incertidumbre y el alto componente aleatorio que comporta, para el inversor, el lanzamiento de una nueva actividad empresarial, le viene a facilitar el empleo de trabajadores precisos para su negocio, le viene a facilitar el empleo de trabajadores precisos para su nueva actividad productiva, sin que en caso de fracasar ésta, venga a suponerle costo adicional derivado de la extinción de contratos por el procedimiento tradicional'. En otras palabras, se exime al empleador de su responsabilidad por un posible fracaso empresarial y se traslada el riesgo del negocio a los trabajadores (…)"*** [13] (sic). Teniendo en

13 Arce Ortiz, Elmer. ***Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias.*** Palestra Editores S.A.C. Lima, 2008. Pág. 190.

cuenta las consideraciones previas, no queda duda, que el contrato por inicio o incremento de actividades desconoce y vulnera el principio de causalidad, lo que hace necesario revisar la vigencia del citado contrato.

Con relación al contrato por reconversión empresarial, el artículo 59º de la **LPCL**, establece que es aquel que se celebra en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades empresariales; o con ocasión de cualquier variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos, lo que -como en el caso anterior- tampoco se condice con una apuesta temporal, sino permanente.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, cuando en una empresa se realizan cambios en la forma de ejecutar la actividad empresarial, no se está pensando en el corto plazo, sino en el largo plazo; no se está pensado en ralentizar los procesos sino en mejorarlos; no se está pensando en la necesidad de contar con más, sino con menos trabajadores, en suma, no se piensa en nada que no sea mejorar la eficiencia, costos y tiempos de la actividad empresarial, lo que no se conecta con la necesidad de contar con un mayor número de trabajadores, y menos con aun con trabajadores temporales. Y es que nadie mejora sus procesos internos, y/o la forma de ejecutar una actividad empresarial, para necesitar más trabajadores, salvo que se piense en un cambio para lograr un crecimiento empresarial, lo que va más allá de un proceso de reconversión.

Con relación a los contratos de trabajo temporales intermitentes o de temporada, los que, según los artículos 64° y 67° de la **LPCL**, están pensados para la ejecución de actividades que por su naturaleza son permanentes, pero discontinuas, debe señalarse que "discontinuidad" no es sinónimo de "temporalidad", por lo que no corresponde la celebración de un contrato de trabajo temporal, sino de duración indefinida.

A mayor abundamiento, debe señalarse que la discontinuidad supone la alternancia de períodos de actividad e inactividad laboral, lo que reiteramos no puede ser calificado, ni asimilado al concepto de temporalidad, máxime, si el artículo 67° de la **LPCL**, al referirse a los contratos de temporada, señala que los mismos se celebran con ***"(…) el objeto de atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen sólo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en períodos equivalentes en cada***

ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva" (sic), es decir, para la ejecución de actividades que son permanentes, pero que solo se ejecutan en momentos específicos, lo que reiteramos no se condice con la celebración de un contrato de trabajo temporal, sino de duración indefinida, como lo señala el artículo 53° de la **LPCL**.

En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, resulta que nuestra legislación laboral vigente identifica y regula el principio de causalidad; reconoce su relevancia e importancia para los contratos de trabajo temporales; y su condición de eje de la citada regulación, empero, la referida legislación regula -al mismo tiempo- contratos temporales que no son verdaderamente temporales, empañando, desconociendo, y afectando la relevancia del referido principio, lo que debe ser revisado y corregido.

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso revisar la legislación sobre la contratación temporal, para corregir las inconsistencias que resulte necesario, eliminando los contratos temporales desvirtuados, fortaleciendo la contratación a plazo indefinido, y dejando la contratación temporal para los supuestos que corresponda.

III. Antecedentes normativos

La contratación temporal es un tema de larga data en nuestra legislación laboral, pues la **LFE** no fue la primera norma que se encargó de su regulación.

Ciertamente, la primera norma que se encargó del tema y lo reguló, fue el Decreto Ley 18138, norma que fue promulgada el 6 de febrero de 1970, durante el Gobierno Militar del General Juan Velasco Alvarado.

La norma en cuestión -como ya ha quedado dicho- reguló la contratación temporal de manera breve y lacónica, pues se limitó a reconocer la posibilidad de celebrar contratos de trabajo temporales, cuando la naturaleza de las actividades lo justificase, sin señalar modalidades o tipos de contratos temporales, más allá de una breve referencia al contrato de trabajo para obra determinada, y sin establecer un plazo máximo de vigencia, lo que resultó una omisión más que importante.

Sobre el particular, debe apuntarse y destacarse como un acierto, que el citado Decreto Ley, reconociendo la importancia del principio de causalidad que ya hemos desarrollado, estableció la posibilidad de celebrar contratos de trabajo temporales cuando la naturaleza de las actividades lo hiciera necesario; y como un desacierto, no haber señalado un plazo máximo de vigencia de los referidos contratos. Y es que no resulta razonable regular la celebración de contratos temporales, sin precisar un plazo máximo de vigencia, pues la temporalidad del vínculo jurídico, está íntimamente vinculada a la necesidad de señalar un plazo máximo de vigencia.

Complementando lo anterior, corresponde apuntar como un hecho singular e insólito, y no necesariamente como un desacierto, que el citado Decreto Ley haya sido reglamentado casi veintiún (21) años después de haber sido promulgado, lo que -por cierto- resultaba necesario dada la pobre e incompleta regulación contenida en la norma de nivel primario.

La norma reglamentaria del Decreto Ley 18138, fue aprobada por el Decreto Supremo N° 077-90-TR, y promulgada el 21 de diciembre de 1990, incluyendo veinte (20) artículos y dos (2) disposiciones complementarias para reglamentar tres (3) artículos de la norma principal.

Siendo específicos cabe señalar que la norma reglamentaria precisó lo mucho que había quedado pendiente de regulación, y señaló tipos de modalidades de contratación, plazo máximo de vigencia, supuestos de desnaturalización, derechos laborales, entre otros temas, recogiendo casi íntegramente lo que luego -algunos meses después- se incluyó en la **LFE** como regulación de los contratos de trabajo temporales.

De acuerdo con lo expuesto, es claro que la citada reglamentación reguló casi todas las modalidades de contratación temporal incluidas en la **LFE**, salvo los contratos de temporada, los innominados, y los de regímenes especiales.

Asimismo, cabe destacar que la referida norma estableció un plazo máximo de vigencia de un (1) año, prorrogable por el mismo período, lo que no tenía ningún antecedente, y no sirvió como punto de referencia para la futura regulación, la que estableció un plazo máximo de vigencia de cinco (5) años, salvo para algunos -pocos- contratos para los cuales se estableció plazos máximos de menor duración.

En ese sentido, solo queda por reiterar que, efectivamente, la regulación de los contratos de trabajo temporales es un tema de larga data; y que la norma reglamentaria antes citada fue el principal insumo para la regulación de los contratos temporales contenida en la **LFE**, a cuyo contenido, en algunos de sus aspectos, nos referimos a continuación.

IV. Modalidades de contratación temporal

La **LFE** es una norma relevante para la regulación de la contratación temporal, no solo porque es la actualmente vigente, aunque con una denominación distinta, sino porque contiene una regulación amplia, y en algunos casos bastante precisa, lo que -sin embargo- no ha evitado que la misma tenga omisiones e inconsistencias, y hasta contradicciones con otras normas laborales vigentes.

La norma bajo comentario, aunque ahora denominada **LPCL**, identifica y regula el principio de causalidad, precisando en su artículo 53°, que el mismo es esencial e indispensable para la celebración de contratos de trabajo temporales.

Asimismo, la norma en cuestión, además de regular nueve (9) tipos de modalidades de contratación temporal en base a tres (3) categorías [14] *(de naturaleza temporal, accidental y para obra o servicio)*, regula requisitos de forma, normas comunes, supuestos de desnaturalización, derechos y beneficios, y reconoce la existencia de otros contratos de trabajo temporales.

En el presente trabajo solo vamos a referir las modalidades de contratación temporal, analizando -brevemente- un par de ellas, y reiterando que la **LPCL**

14 El artículo 54º de la **LPCL** establece que ***"Son contratos de naturaleza temporal:***
a) El contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad;
b) El contrato por necesidades del mercado;
c) El contrato por reconversión empresarial".

El artículo 55º de la **LPCL** establece que ***"Son contratos de naturaleza accidental:***
a) El contrato ocasional;
b) El contrato de suplencia;
c) El contrato de emergencia".

El artículo 56º de la **LPCL** establece que ***"Son contratos de obra o servicio:***
a) El contrato específico;
b) El contrato intermitente;
c) El contrato de temporada".

regula nueve (9) tipos de contratos de trabajo temporales, agrupados en base a tres (3) categorías, reconociendo, además, que existen otros tipos de contratos de trabajo temporales, los que corresponden al régimen especial aplicable a las exportaciones no tradicionales; a las zonas francas y otros regímenes especiales; y los innominados, esto es, los que carecen de nombre propio pero que también atienden necesidades de servicios temporales.

Destacando el importante número de modalidades de contratación temporal reguladas en la **LPCL**, es preciso, sin embargo, apuntar que existen varios tipos de contratos de trabajo temporales, para atender -por lo menos teóricamente- distintas necesidades de servicios temporales, pues cada contrato de trabajo tiene un espacio propio, lo que genera, determina y establece un límite para los empleadores, que no pueden decidir libremente el tipo de contrato de trabajo temporal que pueden celebrar.

Ciertamente, cuando resulte necesario contratar un nuevo trabajador, deberá determinarse cuál es la duración de la necesidad de servicios, para después de haber determinado que aquella es temporal, y conocidas sus características, hacer lo propio con la modalidad específica de contratación temporal a la que corresponderá recurrir. Es cierto, que algunos casos, pudiera parecer posible recurrir a más de una modalidad de contratación temporal, sin embargo, no es menos cierto, que siempre habrá datos que permitirán identificar la modalidad de contratación temporal idónea para el caso concreto.

Ahora bien, siendo la contratación temporal la excepción a la regla general, es evidente que está sujeta a límites, y a riesgos en caso de incumplimiento de los mismos, y de las normas que la regulan.

Refiriéndonos a los riesgos de la indebida utilización de los contratos de trabajo temporales, debe apuntarse que el primero de ellos, es un riesgo histórico, la desnaturalización de los contratos celebrados [15], esto es, la conversión de los mismos en contratos de duración indefinida.

15 El artículo 77º de la **LPCL,** establece que ***"Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:***

a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido;

b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico,

Hasta hace unos pocos años, la desnaturalización sólo podía ser declarada por el Poder Judicial, lo que obligaba a iniciar un proceso judicial, a litigar varios años, a realizar una inversión de dinero, y a sufrir el desgaste y agobio que se generan por ser parte de un proceso judicial. En ese contexto, eran muy pocos los trabajadores que decidían cuestionar la naturaleza temporal de sus contratos de trabajo, o sus desvinculaciones por el vencimiento del plazo del contrato de trabajo celebrado.

En la actualidad ya no es necesario acudir a la autoridad jurisdiccional para cuestionar la celebración de un contrato de trabajo temporal fraudulento, pues es posible también hacerlo ante la **SUNAFIL**, la que a través de una actuación inspectiva puede requerir a un empleador para que convierta un contrato de trabajo temporal en uno de duración indefinida.

A ello cabe agregar como segundo riesgo, que el **TC** ha establecido con carácter vinculante que el cese de los trabajadores temporales contratados de manera fraudulenta, encubre un despido arbitrario, que sólo puede ser sancionado y reparado con la reposición del trabajador, o con el pago de la indemnización por despido arbitrario si es que el demandante opta por ella en la etapa de ejecución de sentencia.

Finalmente, cabe apuntar como tercer riesgo, que desde el 30 de octubre del año 2006 [16], la celebración de contratos de trabajo temporales fraudulentos verifica la comisión de una infracción laboral "muy grave", la misma que -como ya ha quedado dicho- en caso de ser detectada por la **SUNAFIL**, podrá ser sancionada con la imposición de una multa de hasta 52.53 **UITs**.

---

si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;

c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;

d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley".

16 El 30 de octubre del año 2006 entró en vigencia el Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo, norma que contiene el nuevo listado de infracciones laborales *(actualmente vigente)*, en el cual se incluyó por primera vez como infracción laboral "muy grave" la contratación temporal fraudulenta.

Luego, es claro que la celebración fraudulenta de contratos de trabajo temporales está expuesta a una serie de riesgos, que obligan a recurrir a la contratación temporal observando el principio de causalidad que ya ha sido explicado.

V. Necesidad de revisión y modificación

Es un dato objetivo, que la **LPCL** regula la contratación temporal con un nivel de detalle importante que, -como ya fue adelantado- no es, sin embargo, ajeno a omisiones, inconsistencias y contradicciones, las que es necesario identificar, evaluar, analizar y corregir.

De acuerdo con lo anterior, entre las omisiones, cabe señalar que no se regula de manera completa y precisa la forma de computar el plazo máximo de vigencia de los contratos de trabajo temporales; entre las inconsistencias, a algunos aspectos de la regulación de los contratos de trabajo de suplencia y por servicio específico; y entre las contradicciones a una contenida en la ya referida regulación del contrato de suplencia.

Refiriéndonos a las omisiones, debe apuntarse que, los contratos de trabajo temporales, por definición, y desde su celebración, tienen una fecha de inicio y otra de término, lo que determina que tengan un plazo de vigencia, el que -también por definición- debe tener un límite.

Con respecto a ello, corresponde señalar que el artículo 74° de la **LPCL**, ha establecido que el plazo máximo de los contratos de trabajo temporales es de cinco (5) años; que es posible cambiar de modalidad de contratación temporal; y que aun en tales casos deberá respetarse el plazo máximo antes señalado.

En ese sentido, es claro que los contratos de trabajo temporales están sujetos a un plazo máximo, el cual es de cinco (5) años, y que el mismo ha sido pensado para la prestación de un servicio ininterrumpido, lo que no siempre sucede en la realidad, y que, incluso, en algunos casos, aprovechando la omisión legislativa, es mal utilizado por algunos empleadores.

Y es que no existe regulación legal que determine qué hacer cuando se produce la recontratación de un antiguo trabajador temporal. En tales casos, es improbable que el empleador, al celebrar el nuevo contrato de trabajo temporal considere como "antecedente" el contrato previo, y cuente la vigencia del mis-

mo como parte del plazo máximo de cinco (5) años previsto por la legislación laboral vigente.

La referida omisión determina que no sea posible señalar con certeza y sin temor de incurrir en un error, la forma de computar el plazo máximo de vigencia de un contrato de trabajo temporal cuando se produce un supuesto de recontratación. Queda claro, sin embargo, que, para computar un nuevo plazo de vigencia del contrato temporal, será necesario que el tiempo transcurrido entre la terminación del contrato previo y el inicio del nuevo -contrato- sea razonable; que el trabajador vuelva para realizar distintas actividades; y que lo haga en condiciones laborales diferentes. Y es que, si un trabajador vuelve para hacer lo mismo y en las mismas condiciones, aunque hayan transcurrido más de tres (3) meses, no será posible afirmar con convicción que se está ante una nueva y distinta relación laboral, que autorice a un nuevo computo del plazo máximo de vigencia de los contratos de trabajo temporales.

Es necesario, entonces, abordar el tema, y proponer una regulación que establezca reglas claras, que, siendo razonables, señalen una pauta legal que determine cómo es que debe computarse el plazo máximo de vigencia de los contratos de trabajo temporales, cuando los mismos no se ejecutan de manera continua e ininterrumpida, supuesto de recurrente verificación práctica.

A tal efecto, y siguiendo una pauta contenida en la legislación vigente sobre la materia, sería posible establecer que, solo cuando la nueva contratación se produzca después de un (1) año desde la extinción de la contratación previa, será posible iniciar un nuevo computo del plazo máximo de vigencia de los contratos de trabajo temporales. No siempre es posible identificar y establecer una pauta y solución legal que pueda ser considerada perfecta, empero, es preferible tenerla, y discutir su validez, que no tenerla, y acusar su ausencia lamentando la omisión legislativa.

Reforzando lo anterior, debe destacarse que la existencia de una regla clara, limitará la discrecionalidad -y hasta la arbitrariedad- de la autoridad administrativa y judicial. Así pues, considero que cualquier regulación será preferible, a no tenerla, máxime, si las referidas autoridades o no se han pronunciado, o no han tenido un comportamiento destacable por acertado.

Sobre el particular, es preciso señalar que la **SUNAFIL**, que desde hace algunos años, aprueba precedentes vinculantes para sus actuaciones inspectivas,

no ha establecido un criterio objetivo que permita conocer en qué casos, se considerara obligatorio computar el plazo de los contratos temporales cuando se produzca una recontratación laboral.

Por su parte, la autoridad jurisdiccional, que desde hace más de veinte (20) años acostumbra a establecer criterios vinculantes sobre diversas materias de carácter laboral, tampoco ha establecido un precedente de observancia obligatoria sobre la forma de computar el plazo máximo de vigencia de los contratos temporales en caso de recontratación.

No obstante lo anterior, la **CS** ha tratado en tema en cuestión, y mediante Resolución de fecha 19 de junio del año 2018, recaída en la Casación Laboral N° 16734-2016-LIMA ESTE, ha establecido que la renovación de los contratos temporales está regulada en la legislación laboral vigente, por lo que no se puede presumir que toda renovación sucesiva de contratos es ilegal o perjudicial a la contratación laboral a plazo indeterminado, máxime, si entre la fecha de terminación de un contrato y la de inicio del nuevo, existe un período de interrupción no menor de veinte (20) días naturales, lo que consideramos inconsistente. Ciertamente, pues, no resulta razonable sostener que un período de interrupción menor a un (1) mes resulte suficiente para determinar la existencia de una nueva y distinta relación laboral, máxime, si no se analizan las labores realizadas, y las condiciones laborales de ejecución de las mismas.

En ese sentido, resulta que la actuación de nuestra máxima instancia jurisdiccional en la materia planteada ha sido pobre, errática e inconsistente, por lo que urge un análisis serio y riguroso sobre la materia.

Refiriéndonos a las inconsistencias, debe apuntarse la necesidad de revisar la regulación de los contratos de trabajo temporales de suplencia, y por servicio específico, para corregir los errores cometidos.

Con relación al contrato de suplencia, cabe señalar que el artículo 61° de la **LPCL**, establece que ***"El contrato accidental de suplencia es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador con el objeto que este sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo. Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias (…)*** (sic).

De la lectura de la disposición transcrita, se advierte que el contrato de trabajo de suplencia se puede celebrar para reemplazar trabajadores estables, cuyo vínculo laboral está suspendido por causa legal o convencional.

Ahora bien, aunque no es posible cuestionar que el contrato de trabajo de suplencia es realmente un contrato de trabajo temporal, porque está pensado para cubrir necesidades de servicios que son verdaderamente temporales, es necesario destacar que el citado contrato tiene dos (2) inconsistencias: la primera, que solo pueda ser celebrado para reemplazar a trabajadores estables; y la segunda, que no se limite la celebración del mismo para reemplazar a trabajadores en huelga.

Ciertamente, no es razonable que solo sea posible y válido celebrar contratos de trabajo de suplencia cuando se trate de reemplazar a trabajadores estables, porque no todos los trabajadores son estables. Estos últimos son los que adquieren el derecho a estabilidad laboral, esto es, protección contra el despido arbitrario, es decir, los que superan el período de prueba. Teniendo en cuenta lo anterior, sería imposible celebrar contrarios de trabajo de suplencia para reemplazar a trabajadores que aún no son estables, y cuyo vínculo laboral está suspendido por causa legal o convencional, lo que es inconsistente y restrictivo.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta que la necesidad de tener la condición de "estable" es excesiva, y debe -por tanto- ser eliminada, caso contrario, para intentar validarla, sería necesario realizar un sinuoso proceso de interpretación normativa, lo que no parece conveniente ni correcto.

Asimismo, tampoco es razonable que el citado artículo 61° de la **LPCL,** habilite a la celebración de un contrato de suplencia para sustituir a trabajadores que tengan el vínculo laboral suspendido por cualquier causa legal, sin excluir a aquellos que hagan ejercicio del derecho de huelga, el que ha sido diseñado y previsto por la legislación laboral como un mecanismo de presión para generarle daño económico al empleador.

Y es que, si se permitiera la contratación de trabajadores para sustituir a aquellos que deciden ejercer el derecho de huelga *(acción que se denomina esquirolaje)*, aquel perdería su razón de ser, y estaría impedido de lograr el objetivo con que ha sido concebido: generar daño económico al empleador.

A mayor abundamiento, corresponde señalar que nuestra legislación laboral vigente, específicamente el artículo 70° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR, establece -expresa y explícitamente- que está prohibido contratar trabajadores para reemplazar a quienes ejercen su derecho de huelga, lo que determina que el esquirolaje esté prohibido; y que la misma legislación laboral establece que el esquirolaje verifica la comisión de una infracción laboral "muy grave" [17], la misma que en caso de ser detectada por la **SUNAFIL** podrá ser sancionada con la imposición de una multa de hasta 52.53 **UITs**.

De acuerdo con lo anterior, resulta que la regulación del contrato de suplencia es contradictoria con otras normas laborales, en este caso, con el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo; y que el artículo 61° de la **LPCL** debió señalar que el contrato de suplencia no podía ser celebrado para reemplazar trabajadores que ejercieran su derecho de huelga.

Al respecto, cabe señalar que la doctrina ha ensayado algunos argumentos para salvar la regulación del contrato de suplencia, proponiendo que, aunque el citado artículo 61°no señale excepciones, el mismo debe ser entendido admitiendo como válidas, aquellas, en las que, por naturaleza, no sea posible la contratación de trabajadores de reemplazo. Las referidas opiniones no pueden negar la claridad del texto normativo bajo comentario, y el exceso en el que se ha incurrido, lo que -consideramos- genera la necesidad de una modificación legislativa, para corregir el error de regulación cometido, el que no puede ser salvado con un ejercicio de interpretación normativa.

Con relación al contrato de trabajo por servicio específico, cabe señalar que el artículo 63° de la **LPCL**, establece que ***"Los contratos para obra determinada o servicio específico, son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria. En este tipo de contratos podrán celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación"*** (sic).

17 Ver el numeral 25.9) del artículo 25° del Reglamento de la Ley de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR.

De la lectura de la disposición transcrita, se advierte que el contrato de trabajo por servicio específico se puede celebrar para atender aquellas necesidades que tengan un "objeto previamente establecido", y una "duración determinada", lo que resulta ser una formula genérica y abierta para la contratación temporal. Y es que todos los contratos, sin que sea relevante su naturaleza *(civil, laboral, etc.)* tienen un "objeto"; y todos los contratos de trabajo temporales tienen una duración determinada, caso contrario, serian de duración indefinida.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta necesario modificar los alcances del artículo 63° de la **LPCL,** para señalar las necesidades de servicios que permitirá cubrir el citado contrato, precisando que las mismas deberían ser principales y temporales [18] [19]; para distinguirlo del contrato para obra determinada, el cual está pensado para atender otras necesidades de servicios temporales [20]; y para

18 Al respecto, Wilfredo Sanguineti, refiriéndose a los contratos temporales para obra determinada o servicio específico, señala que ***"(…) La celebración de este contrato no procede, sin embargo, para la realización de cualquier clase de tareas de carácter específico y duración determinada, sino solamente respecto de aquellas que, teniendo de forma inequívoca tales características, formen parte de las actividades habituales de la empresa. Es decir, tareas que, integrándose dentro de sus tareas ordinarias o normales, sean temporales per se, es decir, por su propia naturaleza y no debido a la concurrencia de factores exógenos. Esto se debe a que "para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo" lo procedente es recurrir al contrato "ocasional (…)"*** (sic).
Ver, Wilfredo Sanguineti Raymond. Ob. Cit. Pág. 74.

19 Al respecto, se afirma que ***"(…) La doctrina coincide en señalar que la regulación de este tipo de contrato deja abierto un amplio campo para su uso arbitrario y desvinculado del principio de causalidad (…)"*** (sic).
Ver, Fernando Cuadros Luque y Christian Sanchez Reyes. Ob. Cit. Pág. 93.

20 Mediante Resolución de fecha 19 de octubre del año 2011, recaída en el Expediente N° 1477-2010-PA/TC, el **TC** ha establecido que los contratos de trabajo por servicio específico o para obra determinada son diferentes, y que, como consecuencia de ello, cuando los mismos sean celebrados debe precisarse si son para una "obra determinada" o para un servicio "específico". Ciertamente, la referida resolución señala que ***"(…) los contratos de trabajo denominados para obra o servicios específicos, suscritos entre las partes, de los cuales se evidencia que tanto en el titulo como en su contenido se denomina al contrato que se celebra 'para obra determinada o servicios específicos', es decir, que en ellos no se precisa si el trabajador habrá de realizar una obra determinada o prestar un servicio específico, supuestos, evidentemente distintos (…)"*** (sic).

precisar que se deberá respetar la duración máxima de los contratos de trabajo temporales.

Sobre el plazo, es preciso destacar que, a partir de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 63° de la **LPCL**, se señala que los contratos de trabajo para obra determinada o servicio específico pueden tener la duración que resulte necesaria, y que, por ende, están excluidos de la duración máxima de cinco (5) años, opinión que no compartimos, porque la norma en cuestión no excluye expresamente la aplicación del plazo máximo de vigencia antes señalado, y porque no existe justificación para "temporalizar" por período indefinido la actividad principal.

Con relación a esto último, se señala que ***"(…) La imprecisa definición que hace la LPCL de este tipo de contrato ha permitido, sino incentivado, su utilización preferente para la tercerización de servicios y la intermediación laboral para actividades especializadas y complementarias. De esta forma, la duración del contrato de trabajo queda sujeta la duración de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio a favor de la principal. La temporalidad del contrato queda así definida no tanto por la naturaleza de las labores que desarrolla la empresa tercerizadora o de intermediación, cuya actividad empresarial es de carácter permanente, sino por la temporalidad del contrato que una a esta con la principal (…)"*** [21] (sic) (el subrayado es nuestro).

En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, resulta que los contratos de trabajo temporales de suplencia y por servicio específico, deben ser modificados para ser precisados y evitar que los mismos sean indebidamente utilizados.

Adicionalmente, y aunque no será objeto de desarrollo en el presente trabajo, es importante mencionar que las inconsistencias antes señaladas y desarrolladas sobre la contratación temporal, no son las únicas contenidas en la **LPCL**.

Ciertamente, respecto de la norma en cuestión también debería revisarse el ámbito de aplicación del contrato por necesidades de mercado, para precisar si solo permite atender necesidades de servicios generadas por incrementos coyun-

21 Fernando Cuadros Luque y Christian Sanchez Reyes. Ob. Cit. Pág. 93.

turales de la producción, o de cualquier tipo de actividad, incluidas las de gestión administrativa; el ámbito de aplicación del contrato ocasional, para precisar si solo permite atender necesidades de servicios que corresponden a actividades complementarias y temporales; y la necesidad de mantener la vigencia del contrato de emergencia, cuyo uso es absolutamente residual, entre otros temas.

Así pues, habiéndose cumplido treinta (30) años de vigencia de la regulación de los contratos de trabajo temporales, y habiéndose comprobado que la misma no ha contribuido sostenidamente a la generación de trabajo, existen fundadas razones para revisarla y modificarla.

A mayor abundamiento, es preciso destacar que no conviene contar con una regulación de la contratación temporal que no respete el principio de causalidad, pues como bien lo apunta Mario Pasco, importante laboralista peruano, ello termina ***"(…) por generar una marcada 'dualización' de los trabajadores entre un contingente cada vez más reducido de 'fijos' y una cantidad progresivamente amplia de 'temporales', una degradación de los niveles de formación y profesionalización de estos últimos y una importante elevación de los índices de 'rotación' laboral para la cobertura de los mismos puestos de trabajo (…)"*** [22] (sic). La claridad de la cita transcrita nos libera de la necesidad de realizar mayores comentarios sobre el particular.

VI. Conclusiones

En función de las consideraciones precedentemente expuestas podemos concluir lo siguiente:

(i) Nuestra legislación laboral vigente reconoce al principio de causalidad como el eje de la regulación de la contratación temporal, precisando que su incumplimiento verifica un supuesto de desnaturalización del contrato de trabajo, y la comisión de una infracción laboral "muy grave", la que en caso de ser detectada por la **SUNAFIL** podrá ser sancionada con la imposición de una multa.

22 Pasco Lizárraga, Mario. ***Los contratos temporales: exposición y critica.*** En, Derecho N° 68, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2012. Págs. 508 y 509.

(ii) Nuestra legislación laboral vigente regula nueve (9) tipos de contratos temporales, en base a tres (3) categorías *(de naturaleza temporal, accidental y para obra o servicio)*, precisando requisitos de forma, normas comunes, supuestos de desnaturalización, derechos y beneficios, entre otros temas.

(iii) Nuestra legislación laboral vigente regula como contratos de trabajo temporales cuatro (4) contratos que realmente no lo son, y a los que la doctrina denomina "desvirtuados" *(contrato de trabajo por inicio o incremento de actividades, por reconversión empresarial, intermitentes y de temporada)*, los que deben ser eliminados.

(iv) Nuestra legislación laboral vigente regula un plazo de máximo de vigencia de los contratos de trabajo temporales, sin precisar la forma de cómputo del referido plazo en caso de recontratación laboral, lo que hace necesaria una modificación legislativa, teniendo en consideración que las autoridades administrativa y judicial no han establecido un precedente vinculante sobre el tema.

(v) El contrato temporal de suplencia debe ser modificado para que su celebración sea posible cuando resulte necesario sustituir a cualquier trabajador cuyo vínculo laboral esté suspendido, salvo que la suspensión sea por el ejercicio del derecho de huelga.

(vi) El contrato temporal por servicio específico debe ser modificado para señalar que podrá celebrarse para la atención de necesidades de servicios que correspondan a actividades principales y temporales; para distinguirlo del contrato por obra determinada; y para precisar que debe respetar la duración máxima de los contratos de trabajo temporales.

INFORMALIDAD Y CONTRATACIÓN LABORAL DIRECTA EN LA ACTUALIDAD

Willy Monzon Zevallos*

Resumen

En el presente artículo se analiza, el efecto de la informalidad en la contratación laboral directa en la actualidad, ello teniendo en cuenta que, la norma sustantiva peruana regula las relaciones de trabajo en el ámbito del derecho privado y permite celebrar contratos a plazo indeterminado, así como, contratos temporales con causa objetiva, con la finalidad de promover la formalidad laboral, garantizar la inversión, la existencia de la fuente de trabajo y la continuidad del vínculo laboral con el reconocimiento de los derechos y la protección social que corresponden a todo trabajador dependiente.

Palabras Claves

Contrato de trabajo / Continuidad / Informalidad / Trabajo decente.

SUMARIO: I. Introducción. II. El contrato como fuente del derecho del trabajo. III. La contratación directa laboral. IV. El principio de continuidad. V. La informalidad y la contratación laboral directa. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

De acuerdo con la información estadística respecto el empleo formal, se revela que en el país por más de una década existe una tasa de informalidad laboral, superior al 70% que, pese a las normas legales vigentes y la existencia

* Asociado activo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

de un sistema de inspección de trabajo, no disminuye, fenómeno que además se agudizó a raíz de la pandemia generada por la COVID-19 y sus graves consecuencias al sistema sanitario, así como al sistema productivo y al mercado de trabajo, limitando la contratación laboral directa, mediante la aplicación de contratos de naturaleza indeterminada o temporal.

II. El contrato como fuente del derecho de trabajo

La expresión "fuente de derecho" a decir de Neves (2012, pág. 57) de acuerdo a la doctrina italiana tiene doble acepción, como fuente de producción y como fuente del conocimiento, siendo importante para el derecho la primera acepción, ya que, los productos se originan en actos, entre ellos el contrato de trabajo, que no sería un producto normativo debido a que contiene decisiones particulares y concretas que alcanzan a las partes que lo celebran, siendo en realidad un acto regulador de derechos y obligaciones, en el que concurren los productos normativos como, la Constitución, la Ley, los reglamentos, etc.

Como el contrato de trabajo no es un producto normativo, debemos entender que, su función reguladora se origina en un negocio jurídico que genera entre las partes que lo celebran, derechos y obligaciones recíprocas, constituyendo el contrato el revestimiento jurídico de la relación laboral que de acuerdo con Montoya Melgar (2013, pág. 268) es un negocio bilateral con intereses contrapuestos, buscando una estabilidad equilibrada a lo largo del tiempo de duración del contrato en el cual el trabajador, entrega libremente su trabajo a la potestad organizadora del empresario quien debe retribuirlo, conforme precisan Palomeque y Álvarez (1996, pág. 669).

Nuestra legislación laboral (D.S. Nº 003-97-TR) no define al contrato de trabajo; sin embargo, en su artículo 4 precisa cuales son sus características, entre ellas, la prestación personal, la remuneración y la subordinación, siendo la última la mas importante, ya que, en sí, es la que configura el contrato de trabajo bajo dependencia y lo distingue de las relaciones contractuales de naturaleza civil o mercantil, en las cuales si bien se puede ejecutar la prestación personal del servicio que, a su vez genera el pago de un retribución (generalmente económica), la independencia resulta ser preponderante en la ejecución del servicio.

Sin perjuicio de la descripción de las características del contrato de trabajo establecidas en la norma laboral peruana, Palomeque y Álvarez (pág. 677) con-

sideran que el trabajo objeto de la relación jurídica laboral recoge como características dos notas peculiares de la prestación, es decir, su realización por cuenta ajena y bajo la dirección de otra persona, siendo la ajenidad la característica por la cual se transfieren los frutos o el resultado del trabajo a un tercero (ajenidad de los frutos) quien los incorpora al mercado (ajenidad en el mercado) y corre con los riesgos que conlleva esa incorporación (ajenidad de riesgos).

Como mencioné, en el contrato de trabajo el trabajador es libre de asumir las obligaciones que se generan al poner a disposición del empleador sus servicios, sean físicos o intelectuales, ello a cambio del pago de la remuneración, lo que determina el carácter sinalagmático del contrato, es decir, ambas partes que lo celebran son acreedores y deudores de obligaciones producto del mismo negocio jurídico, mientras se mantenga el vínculo laboral; por lo que, siguiendo a Palomeque y Álvarez (pág. 676) la concepción dogmática de nuestra Ley de Productividad y Competitividad Laboral es contractualista, al admitir que la relación laboral solamente nace del contrato, siendo sus características las siguientes:

Cuadro I

Caracteres del contrato de trabajo
a) Se trata de un contrato típico y nominado.
b) Se trata de un contrato regido por el principio de reciprocidad, de tal manera que las posiciones jurídicas de las partes se corresponden de forma sinalagmática, y en el que, por hipótesis, existe una equivalencia entre las prestaciones de ambas partes.
c) Es un contrato oneroso, en cuanto tal generador de obligaciones de contenido patrimonial.
d) Es un contrato conmutativo, en el que la equivalencia entre prestaciones es cierta y no aleatoria.
e) Es un contrato consensual, perfeccionado por el mero consentimiento de las partes, según la regla normal en la formación de los contratos.
f) Es un contrato normado, en cuanto que el acto contractual propiamente dicho y sobre todo la relación jurídica que de él emanada se someten a una extensa regulación estatal y colectiva.

Fuente: Alfredo Montoya Melgar
Elaboración propia.

III. La contratación directa laboral

Nuestra legislación laboral regula distintos mecanismos para contratar servicios personales, entre ellos la contratación directa y la indirecta, siendo el

contrato de trabajo el que caracteriza la contratación directa como fuente de la relación laboral, en la cual, no existen intermediarios, es decir, se genera el vínculo de subordinación para prestar servicios a cambio de una remuneración entre el empleador y el trabajador, situación distinta a la que se presenta al aplicar los mecanismos de contratación indirecta, entre los cuales podemos considerar a la intermediación y la tercerización.

De acuerdo con nuestra legislación laboral, se presume como regla que cuando nos encontramos ante la prestación personal del servicio, subordinado y remunerado, estamos ante un contrato de trabajo de naturaleza indeterminada, es decir, con fecha definida de inicio pero no de conclusión; sin embargo, como excepción también se admite la celebración de contratos de trabajo temporales, con fecha de inicio y de conclusión, cuya validez está supeditada a la existencia de causalidad, es decir que, para su aplicación debe existir una justificación objetiva de la necesidad temporal de contar con los servicios de personal bajo subordinación.

Para comprender el mecanismo de contratación directa que regula nuestra legislación, es importante tener en cuenta la coyuntura social y económica que precedió a la publicación del D.S. Nº 003-97-TR, ya que, esta norma desarrolló legislativamente el derecho al trabajo reconocido en la Constitución de 1993, la cual a diferencia de su predecesora reguló este derecho en menos artículos, ya que, a partir de la crisis económica generada a finales de los ochentas e inicio de los noventas, era indispensable establecer una normatividad laboral que promueva la creación de empleo formal.

En atención a la situación económica anterior a 1997, la regulación del contrato laboral permitió la aplicación de los contratos temporales observando los requisitos que para su validez establece la norma laboral, pese a ello, no se logró incrementar el empleo formal, ya que, indebidamente se encubrían relaciones laborales bajo la celebración de contratos civiles y mercantiles, presentándose además un uso indiscriminado de los contratos de trabajo temporales, pese a que se utilizaban para cubrir puestos de naturaleza permanente o en supuestos en los que no existía causa de temporalidad.

A partir de la regulación de nuestra legislación laboral vigente respecto la contratación laboral, sin perjuicio de aplicar contratos de naturaleza indeterminada como regla general, se permite al empleador celebrar contratos temporales cuando así lo

requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa o, cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a ejecutar, excepto los contratos intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes, ello conforme lo establece el artículo 53 del D.S. Nº 003-97-TR, concordante con el artículo 75 del D.S. Nº 001-96-TR.

Nuestra norma laboral, regula los contratos sujetos a modalidad en el Título II del D.S. Nº 003-97-TR y los clasifica en tres categorías: ***i)*** Los contratos de naturaleza temporal, ***ii)*** Los contratos de naturaleza accidental, y ***iii)*** Los contratos de obra o servicio. Estos contratos a su vez comprenden otras modalidades, cada una de las cuales establecen, para su validez, el supuesto de hecho que justifica su temporalidad (causalidad) que de acuerdo con lo manifestado por Sanguineti (1999, pág. 16), no es mas que una manifestación de un principio de mayor alcance, como es el de estabilidad en el empleo. Entre los contratos sujetos a modalidad tenemos:

Cuadro II

Contratos de trabajo sujetos a modalidad		
Contratos de naturaleza temporal		
Nombre	**Causa objetiva**	**Duración**
Por inicio o incremento de actividad	Es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años. Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa.	3 años
Por necesidad de mercado	Es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. Este puede ser renovado sucesivamente hasta el término máximo establecido en el Artículo 74 de la presente Ley. En los contratos temporales por necesidades del mercado, deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal. Dicha causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional.	5 años

Contratos de trabajo sujetos a modalidad		
Por reconversión empresarial	Es el celebrado en virtud de la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos.	2 años
Contratos de naturaleza accidental		
Nombre	**Causa objetiva**	**Duración**
Contrato ocasional	Es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo.	6 meses al año
Contrato de suplencia	El contrato accidental de suplencia es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador con el objeto que este sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo.	La que resulte necesaria según las circunstancias.
Contrato de emergencia	Es aquel que se celebra para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor.	Lo que dure la emergencia.
Contratos para obra o servicio específico		
Nombre	**Causa objetiva**	**Duración**
Contrato para obra determinada o servicio específico	Los contratos para obra determinada o servicio específico, son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada.	La que resulte necesaria para la conclusión o terminación de la obra o servicio.
Contrato intermitente	Los contratos de servicio intermitente son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas. Estos contratos podrán efectuarse con el mismo trabajador, quien tendrá derecho preferencial en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio tal derecho, el que operará en forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación.	El necesario para la atención de la actividad intermitente.

Contratos de trabajo sujetos a modalidad		
Contrato de temporada	El contrato de temporada es aquel celebrado entre un empresario y un trabajador con el objeto de atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen sólo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en períodos equivalentes en cada ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva.	El necesario mientas dure la temporada

Fuente: D.S. Nº 003-97-TR.
Elaboración propia.

Los contratos nominados temporales descritos en el cuadro precedente, para su validez, deben cumplir con los requisitos que establece el artículo 72 del D.S. Nº 003-97-TR, es decir, se deberán celebrar por escrito debiendo consignarse en forma expresa su duración y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral, siendo una característica de todos estos que, pueden celebrarse por periodos menores que sumados no superen el máximo establecido para cada modalidad y; cuando se apliquen distintas modalidades, el plazo en conjunto no podrá superar de 5 años.

Sin perjuicio de los contratos referidos, la norma laboral en su Capítulo IX reconoce otros contratos sujetos a modalidad, entre ellos, los del régimen de exportación tradicional a que se refiere el D.L. Nº 22342, los contratos temporales que se ejecuten en zonas francas así como cualquier otro régimen especial y, finalmente los contratos innominados reconocidos en el artículo 82 del D.S. Nº 003-97-TR, es decir, el contrato para cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el Título II de la norma citada, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse.

Pese a que la norma laboral es precisa al establecer los supuestos de hecho que se deben configurar para aplicar los contratos temporales, a la fecha, estos contratos se aplican indebidamente para contratar personal en puestos de naturaleza permanente en una empresa o, cuando no se cumple en la realidad, la causa objetiva habilitante, situación que genera su desnaturalización conforme lo establece el literal d) del artículo 77 del D.S. N 003-97-TR, convirtiéndose esos contratos de trabajo temporales en contratos de naturaleza indeterminada, manteniendo las demás condiciones que se establecieron al momento de su celebración.

IV. El principio de continuidad

Entre los principios del derecho del trabajo tenemos el de continuidad, como sinónimo de estabilidad, ante la fragilidad de las relaciones laborales y la importancia que tiene el trabajo como fuente de subsistencia y realización del trabajador y de su familia, siendo la continuidad la máxima expresión del principio protector, de acuerdo a Plá (1998, pág. 219) este principio tiene distintas denominaciones, entre ellas, continuidad, permanencia, estabilidad o conservación de la relación, prefiriendo el autor citado la primera, ya que, alude a lo que dura, lo que se prolonga y se mantiene en el tiempo.

Teniendo en cuenta lo manifestado, es evidente que este principio únicamente beneficia al trabajador, ya que, se prefiere el derecho a continuar laborando respecto los supuestos en los que se podría generar la extinción de la relación de trabajo, privilegiando la habitualidad de la prestación del servicio frente a su eventualidad, existiendo íntima relación entre la duración del contrato de trabajo y la fuente que lo genera; por lo que, mientras exista la fuente de empleo, debería subsistir el contrato de trabajo. De acuerdo con el autor citado en el párrafo anterior, este principio tiene el siguiente alcance:

Cuadro III

Alcances del principio de continuidad	
1	Preferencia por los contratos de duración indefinida.
2	Amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato.
3	Facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se habrían incurrido.
4	Resistencia a admitir la recisión unilateral del contrato, por voluntad del empleador.
5	Interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones.
6	Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador.

Fuente: Américo Plá Rodríguez.
Elaboración propia.

Este principio no se encuentra reconocido expresamente en nuestra Constitución ni en la legislación laboral; sin embargo, el artículo 4 del D.S. Nº 003-97-TR privilegia la contratación a plazo indeterminado, justamente por ello, es que para la celebración de los contratos temporales se exige la existencia de una causa que justifique su duración determinada, ya que, el contrato de trabajo es

de tracto sucesivo y perdura en el tiempo, mientras exista la fuente de empleo que le dio origen, incluso si se produjera la novación del empleador, debiendo este ultimo respetar la vigencia del contrato y las condiciones de trabajo que corresponden al trabajador.

Se debe tener en cuenta que el principio de continuidad se encuentra estrechamente vinculado al principio protector, el cual, busca alcanzar un equilibrio entre las partes que integran la relación laboral y mitigar la asimetría que existe entre ellas; por lo que, el empleador no podrá extinguir el vínculo laboral mientras exista la fuente de empleo o la causa que justifica la contratación del trabajador, constituyendo la continuidad un límite a la aplicación de contratos de trabajo a plazo determinado, tal como lo precisó la STC Nº 03976-2012-PA/TC al citar la STC Nº 1874-2002-AA/TC que reconoce la excepcionalidad de la contratación temporal.

Sin perjuicio de lo manifestado, es importante precisar que, si bien en las relaciones laborales se privilegia la contratación a plazo indeterminado, ello no ocurre respecto los trabajadores del Estado sujetos al régimen laboral de la actividad privada, ya que, mediante el precedente contenido en la STC Nº 5057-2013-PA/TC, se limita la estabilidad laboral de los trabajadores que no ingresaron mediante concurso público, pese a que en la realidad se verifique la desnaturalización de los contratos de trabajo temporales celebrados, situación que resulta discriminatoria respecto los casos de contratación temporal efectuada por empleadores particulares.

Lo manifestado en el párrafo precedente demuestra que el Estado, como empleador de trabajadores bajo las reglas del régimen laboral privado, no observa el principio de continuidad y en lugar de privilegiar la contratación de naturaleza indeterminada, impide que los trabajadores cesados indebidamente al vencer el plazo de contratos que no fueron celebrados válidamente, puedan ser repuestos en sus puestos de empleo, ello pese a existir la fuente de empleo que justifica la relación laboral y al encontrarse desnaturalizado el contrato de trabajo temporal celebrado por simulación y fraude.

Es importante tener en cuenta que, si bien la regla general de contratación laboral privilegia la continuidad de la relación de trabajo mientras exista la fuente que la origina, en casos de fuerza mayor como el generado a consecuencia de la COVID-19, se debe aplicar la contratación temporal, con el objeto de mantener

la fuente de empleo, ya que, sin esta no es posible la existencia de la relación de trabajo, siendo una medida excepcional aplicable entre otras, la celebración de contratos temporales mientras se reactivan las actividades económicas, conforme lo dispuso el gobierno mediante el D.U. Nº 127-2020.

V. La informalidad y la contratación laboral directa

Como es evidente la contratación directa a partir del mes de abril de 2020, disminuyó debido al efecto que produjo en la economía, la pandemia a consecuencia de la COVID-19, ya que, este evento generó de manera intempestiva y en forma simultánea la paralización de muchas actividades productivas no esenciales, lo que trajo como consecuencia un incremento del desempleo y la informalidad laboral, afectando el trabajo decente en perjuicio de miles de personas, ahondando aún más este fenómeno que en nuestro país no parece tener una solución concreta a corto y mediano plazo.

En general, la informalidad es un fenómeno económico que comprende a todas las actividades que, en la legislación o la práctica, no recaen en el ámbito de los mecanismos formales o estos son insuficientes, excluyendo a los trabajadores de derechos laborales y protección social, generando desprotección, inseguridad y vulnerabilidad a consecuencia de distintos factores que limitan la contratación directa, es así que en la conferencia General de la OIT generada en su 90 reunión (2002) en el año 2002, se concluyó que este fenómeno es una cuestión de gobernanza generado por políticas inadecuadas y la falta de marcos jurídicos eficaces.

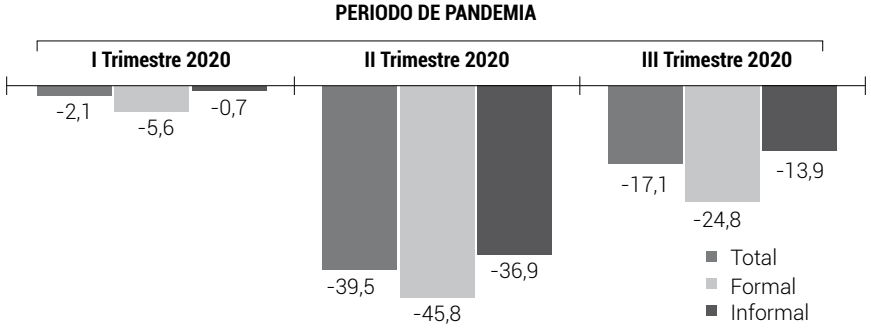
De acuerdo con el estudio realizado por el INEI respecto la producción y empleo en el Perú – Cuenca Satélite de la Economía Informal 2007-2019, analizando dos dimensiones, el sector (unidades productivas que no se encuentran registradas ante la administración tributaria) y el empleo (donde se ubican puestos que no otorgan los derechos reconocidos en la ley) precisa que el año 2019 el sector informal estaba conformado por 7 millones 626 mil unidades productivas y la producción del sector informal representó 18,9% del PBI, es decir, casi tres de cada cuatro trabajadores de la PEA ocupada se desempeñaban en un empleo informal.

Bajo las condiciones que se indican en el estudio referido en el párrafo anterior, durante los tres primeros meses de la pandemia, el PBI se contrajo y la PEA decreció, reflejando el impacto en la caída del empleo formal, siendo solo algunas actividades las que registraron crecimiento positivo, entre ellas, los servicios financieros y las telecomunicaciones (primer trimestre 2020) así como las agropecuarias y extractivas (segundo trimestre 2020) produciéndose en el tercer trimestre una recuperación relativa con relación al anterior, generándose una disminución del empleo formal e incluso el informal, como se muestra en el siguiente gráfico:

Gráfico I

PERÚ: POBLACIÓN ECONOMICAMENTE ACTIVA OCUPADA (PEAO) SEGÚN SECTOR FORMAL E INFORMAL

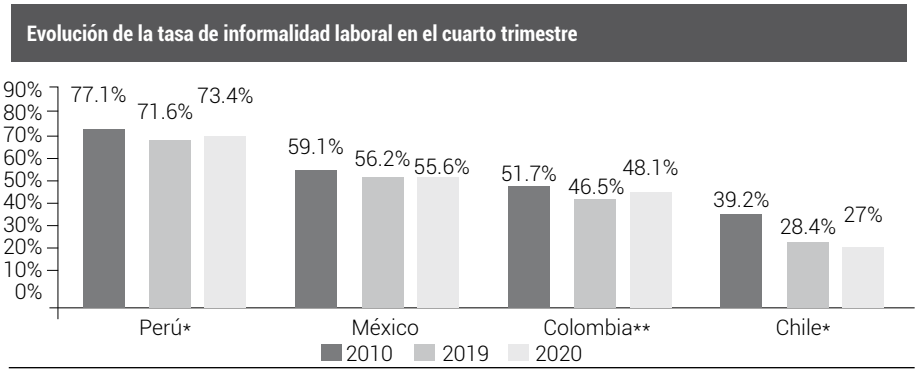
(Variación porcentual respecto al mismo periodo anterior)



Fuente y elaboración por: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)

Por tanto, un factor que limita la contratación directa es la alta informalidad que existe en el país, la cual se origina por la inexistencia de políticas adecuadas para garantizar el acceso al trabajo decente, pese a que existen incentivos como la implementación del régimen laboral especial para las micro y pequeñas empresas o desincentivos como las sanciones que se imponen por el sistema de inspección de trabajo, lo que ocasiona que la informalidad laboral en el Perú en la última década, sea superior al 70%, siendo importante tener en cuenta la evolución de este fenómeno durante los dos últimos años, como se precisa a continuación:

Gráfico II



* Se considera la tasa de informalidad anual en 2010.
** Se considera únicamente las 13 ciudades y áreas metropolitanas.
Fuente: Enaho, departamento Administrativo Nacional de Estadística (Dane), Instituto Nacional de Estadística y geografía (Inegi), Ciedess, Instituto Nacional de Estadística (INE). Elaboración: ComexPerú.

Fuente: DANE, INEGI, INEI
Elaborado por: COMEX PERU

Teniendo en cuenta lo manifestado, el otorgamiento de mayores beneficios o la implementación de normas que aumentarían la rigidez laboral luego de una pandemia, no permitirían un crecimiento de la formalidad, más aún, cuando la contratación directa durante los dos últimos años no incrementó considerablemente, quedando en evidencia que la tendencia se dirige a la baja, lo que demuestra la necesidad de implementar temporalmente políticas laborales flexibles con el objeto de formalizar el empleo, garantizando el acceso al trabajo decente. Lo manifestado se puede apreciar con los datos contenidos en los siguientes cuadros:

PERÚ

Cuadro IV

TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO POR MESES, SEGÚN TIPO DE CONTRATO O CONDICIÓN LABORAL
2019

TIPO DE CONTRATO DE TRABAJO /CONDICIÓN LABORAL	MESES											
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
A plazo indeterminado - D. Leg. N.º 728	1 171 781	1 163 970	1 145 758	1 170 565	1 172 857	1 170 647	1 179 183	1 169 938	1 149994	1 175 252	1 154 958	1 192 443
A tiempo parcial	120 744	120 713	140 969	158 607	162 514	162 225	161 459	153 342	157 105	169 001	164 064	167 225
Por inicio o incremento de actividad	625 852	625 053	626 238	639 379	650 648	650 630	651 914	656 775	630 629	665 177	640 295	675 106
Por necesidades del mercado	501 205	500 730	512 283	515 245	518 676	516 781	524 151	520 377	500 994	528 507	510 025	533 374
Por reconversión empresarial	4 598	4 591	4 339	4 673	4 691	4 618	4 630	4 554	4 385	4 489	4 360	4 483
Ocasional	5 277	5 177	4 985	4 967	5 241	5 324	5 341	5 397	5 210	5 388	5 354	5 515
De suplencia	7 747	7 865	7 818	8 044	8 099	8 108	8 388	8 520	8 109	8 621	8 180	8 543
De emergencia	630	619	641	644	665	678	746	726	705	759	709	878
Para obra determinada o servicio específico	580 490	579 265	600 645	608 605	622 706	622 746	635 601	627 729	597 216	637 371	602 968	642 139
Intermitente	289 969	244 769	201 842	194 815	203 425	207 934	237 997	256 805	247 895	297 274	269 136	292 958
De temporada	64 083	49 952	47 392	42 985	47 371	48 447	51 984	52 813	49 317	58 985	58 483	81 193
De exportación no tradicional D. Ley 22342	91 901	79 345	74 348	69 572	67 150	66 923	70 618	76 125	76 189	90 003	83 891	100 072
De extranjero - D. Leg.Nº 689	8 570	9 100	9 689	10 305	10 614	10 685	11 167	11 363	10 834	11 805	11 339	12 154
A domicilio	40	37	45	43	43	46	50	48	48	52	50	64
Futbolistas profesionales	373	412	430	464	566	584	584	558	524	528	503	351
Migrante andino decisión 545	794	788	792	853	878	848	851	838	830	884	874	892
Otros no previstos	52 579	50 543	52 776	54 088	57 238	60 071	63 820	65 465	63 601	68 142	65 557	67 951
No determinado	31 854	30 090	28 478	27 654	31 999	61 557	26 931	76 441	249 844	72 076	253 961	29 639
TOTAL	3 558 450	3 473 022	3 460 171	3 511 503	3 565 411	3 563 352	3 645 415	3 687 313	3 753 502	3 794 314	3 834 728	3 815 692

Fuente: Ministerio de Trabajo y promoción del empleo
Planilla electrónica / T. Registro y Plame 2019
Elaborado: OGETIC / Oficina de Estadística.

PERÚ

Cuadro V

TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO POR MESES, SEGÚN TIPO DE CONTRATO O CONDICIÓN LABORAL
2020

TIPO DE CONTRATO DE TRABAJO /CONDICIÓN LABORAL	MESES											
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
A plazo indeterminado - D. Leg. N.º 728	1 179 824	1 152 009	1 161 981	1 085 971	1 035 332	1 038 535	1 072 431	1 077 229	1 075 782	1 092 324	1 098 383	1 106 828
A tiempo parcial	136 048	128 312	142 615	125 627	115 677	120 814	125 558	118 350	122 586	125 091	129 598	133 669
Por inicio o incremento de actividad	682 090	637 794	662 376	582 548	512 089	514 656	542 151	555 105	583 391	577 153	586 067	591 734
Por necesidades del mercado	520 906	501 013	525 136	449 452	390 688	396 968	422 049	431 646	438 573	451 767	480 968	469 730
Por reconversión empresarial	4 500	4 361	4 483	3 949	3 550	3 637	3 890	3 988	4 136	4 171	4 330	4 339
Ocasional	5 213	4 846	4 995	3 806	3 429	3 598	4 176	4 356	4 917	5 205	5 242	5 397
De suplencia	8 440	8 304	8 628	7 363	6 784	7 082	7 388	7 648	7 798	7 920	7 999	8 126
De emergencia	859	764	839	1 141	1 745	2 580	3 279	3 748	4 330	4 737	5 202	5 523
Para obra determinada o servicio específico	611 015	576 739	614 406	463 688	397 658	424 271	475 595	512 667	543 347	583 483	604 335	608 013
Intermitente	293 085	227 053	207 663	160 330	175 540	214 914	262 465	304 968	331 829	357 406	352 379	321 546
De temporada	76 081	55 290	50 375	42 013	41 727	49 983	53 708	58 048	59 393	67 616	80 847	85 183
De exportación no tradicional D. Ley 22342	103 924	71 718	69 745	59 938	60 489	62 473	67 013	76 023	89 962	98 248	103 038	89 170
De extranjero - D. Leg.Nº 689	11 960	11 498	12 294	10 815	9 649	9 903	10 514	10 782	10 902	11 014	11 137	11 044
A domicilio	61	54	51	72	153	157	170	121	120	125	122	122
Futbolistas profesionales	370	343	398	404	393	395	395	356	362	534	536	404
Migrante andino decisión 545	861	834	842	784	777	761	781	779	793	791	783	772
Otros no previstos	60 820	57 381	55 751	45 725	35 746	41 039	48 432	49 744	53 679	57 127	58 389	56 635
No determinado	30 360	180 640	23 502	20 941	19 456	19 441	19 744	20 314	22 186	20 705	20 811	20 405
TOTAL	3 713 473	3 615 353	3 545 030	3 067 637	2 810 382	2 911 203	3 119 739	3 235 962	3 334 084	3 405 415	3 530 154	3 515 640

Fuente: Ministerio de Trabajo y promoción del empleo
Planilla electrónica / T. Registro y Plame 2020
Elaborado: OGETIC / Oficina de Estadística.

En atención a la información del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, se aprecia que ante el incremento de la informalidad laboral, la consecuencia lógica es la disminución de la contratación directa, más aun si a ello se suman eventos extraordinarios como la pandemia, situación que evita la ubicación de personal en puestos de trabajo formales, ya que, de acuerdo a la Encuesta de Demanda Ocupacional (EDO) de 25,052 empresas encuestadas a nivel nacional, solo 2,110 (10.5%) contratarían personal adicional de carácter permanente durante el 2021 y el resto no requeriría trabajadores adicionales en este período.

En consecuencia, la contratación directa en la actualidad no incrementó, pese a que a nivel legislativo existen disposiciones que otorgan beneficios para promover la inversión y contamos con un sistema de inspección de trabajo debidamente estructurado; pese a ello, la fiscalización se dirige mayoritariamente a las empresas formales y no a los sectores informales, alejándose del objetivo de lograr que los trabajadores de este último sector, logren alcanzar el tan ansiado trabajo decente con derechos y condiciones laborales que permitan su desarrollo y también el de sus familias.

La Nota técnica país de la OIT respecto al Panorama Laboral de la COVID-19, Perú impacto de la COVID-19 en el empleo y los ingresos laborales (2020), recomienda que frente a la coyuntura generada por la pandemia, se deben considerar cinco políticas activas del mercado del trabajo, que estén orientadas a elaborar y otorgar: ***i)*** programas masivos de capacitación, entrenamiento, reconversión laboral, ***ii)*** programas temporales de empleo público, ***iii)*** subsidios a las planilla de las empresas, ***iv)*** apoyo al auto empleo y, ***v)*** a las microfinanzas para consolidar su formalización y desarrollo.

Sin perjuicio de lo manifestado, la aplicación de políticas activas nos permite afirmar que para luchar contra la informalidad, también se requiere inversión en educación para el trabajo y reconversión profesional en los sectores de alto crecimiento y mayor valor agregado, orientadas a la diversificación productiva y al impulso de los nuevos sectores económicos que se desarrollan mediante el uso de las plataformas informáticas y pueden generar, nuevas oportunidades de trabajo para quienes perdieron sus empleos a consecuencia de las medidas que se adoptaron durante la pandemia, posibilitando así su reinserción laboral mediante la contratación directa.

VI. Conclusiones

El contrato de trabajo es una fuente reguladora de derechos, más no un producto normativo, ya que, fija las condiciones concretas entre quienes lo celebran, es así que, origina un negocio jurídico en el que ambas partes asumen derechos y obligaciones recíprocas, mientras subsista la fuente de empleo y como consecuencia de ello la relación laboral.

Nuestra legislación laboral reconoce entre los mecanismos de contratación de personal, la contratación directa a partir de la celebración de los contratos de trabajo a plazo indeterminado como regla y, los contratos de trabajo temporales como excepción, pese a ello, de acuerdo con la data del MTPE, durante el 2019 y 2020 se evidenció una preferencia por el uso de los contratos de trabajo temporales.

Si bien entre los principios del derecho del trabajo se encuentra el de continuidad que, se manifiesta en la contratación de naturaleza indeterminada, nuestra legislación, de manera excepcional, permite la celebración de contratos de trabajo temporales cuya validez se encuentra supeditada a la existencia de una causa objetiva que justifique su temporalidad.

Pese a que nuestras normas otorgan incentivos para fomentar la formalidad, las medidas adoptadas a la fecha no logran desincentivar la informalidad laboral, fenómeno que desde el 2010, registra en nuestro país, una tasa superior al 70% que limita la contratación directa e incrementa la prestación de servicios en condiciones de precariedad fuera del ámbito de protección del derecho del trabajo.

Si bien la inspección de trabajo garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los empleadores, resulta necesario que con prioridad fiscalice los sectores productivos que se encuentran en la informalidad, ya que, de lo contrario su control se limita al ámbito formal, dejando de lado a un gran grupo de trabajadores que no cuentan con derechos laborales ni protección social.

Por tanto, en la actualidad no podemos hablar de una aplicación efectiva de la contratación directa en el país, cuando existen altos niveles de informalidad laboral que no se lograron reducir durante los últimos 10 años, siendo

este fenómeno la principal causa que limita la contratación de trabajadores en condiciones adecuadas que permitan su desarrollo y el de su familia.

Finalmente, mientras se mantenga un alto nivel de informalidad laboral y ello limite la contratación directa, no contaremos con puestos de empleos dignos que reconozcan los derechos laborales y otorguen la protección social a nuestros trabajadores, siendo necesario la aplicación de políticas que además de promover la formalización, garanticen la permanencia de las fuentes de empleo.

VII. Bibliografía

COMEX PERU. (s.f.). Evolución de la tasa de informalidad en el cuarto trimestre. *La tasa de informalidad laboral solo disminuyó del 77.1% al 73.4% durante la última década.* COMEX PERU, Lima.

INEI. (s.f.). PERU: POBLACION ECONOMICAMENTE OCUPADA (PEAO) SEGUN SECTOR FORMAL E INFORMAL. *Producciòn y Empleo Informal en el Perú - Cuenta Satélite de la Economía Informal 2007-2019.* Instituto Nacional de Estadística e Informática, Lima.

Montoya Melgar, A. (2013). *Derecho del Trabajo. Trigésima Cuarta Edición.* Madrid: Técnos.

Neves Mujica, J. (2012). *Introducción al Derecho del Trabajo. Segunda edición.* Lima: Fondo Editorial Pontifica Universidad Católica del Perú.

OIT. (Setiembre de 2020). *Organización Internacional del Trabajo.* Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://drive.google.com/drive/u/0/folders/1ri4bXpzTl7PFxvEhSAvtj_jE7db439rN

OIT. (2002). *Organización Internacional del Trabajo.* Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/pr-25res.pdf

OIT. (28 de Setiembre de 2020). *Organización Internacional del Trabajo.* Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: https://www.ilo.org/lima/publicaciones/WCMS_756474/lang--es/index.htm

Palomeque López, M. C., & Alvarez De la Rosa, M. (1996). *Derecho del Trabajo. Cuarta edición.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Plá Rodríguez, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo. 3º edición actualizada.* Buenos Aires: Depalma.

Sanguineti Raymond, W. (1999). *Los Contratos de Trabajo de Duración Determinada.* Lima: Gaceta Jurídica S.A.

VIGENCIAS Y POSIBLES REFORMAS EN LOS REGÍMENES ESPECIALES

VIGENCIA DE LOS REGÍMENES LABORALES ESPECIALES EN EL PERÚ: PROBLEMÁTICA Y POSIBLES REFORMAS

Orlando Gonzáles Nieves*

Resumen

En este trabajo el autor presenta una visión panorámica sobre la evolución de la contratación laboral especial en los regímenes de la actividad privada y pública del Perú, partiendo de la clásica concepción del "trabajo típico" y sus evoluciones hacia la contratación "atípica" y aceptando o combatiendo una regulación protectora básica a casos marginales de relaciones antes hipoprotegidas, en medio de grandes conflictos sociales. Como consecuencia de lo anterior nuestra legislación laboral devino caótica y antitécnica, de la cual tampoco se ha liberado la contratación especial de trabajo, que pasamos a estudiar globalmente considerada, con sus realidades, problemas y sus probables reformas de cara a los avances vertiginosos de la ciencia, la tecnología y la innovación de los procesos productivos y/o de servicios.

Palabras clave

Regímenes laborales especiales / Realidad / Reformas.

Sumario: I.-Referencia panorámica a la evolución de los contratos especiales: *1.- Sucintas referencias iniciales a partir de las últimas décadas del siglo pasado. 2.- Síntesis del tratamiento doctrinal de los contratos especiales de trabajo en el Perú: A: En el sector laboral privado. B. En el sector laboral público.* II.- Visión panorámica del tratamiento jurisprudencial de la contratación laboral especial. La revolución científica y tecnológica y sus efectos en la contratación. Intentos recientes de codificación del derecho del trabajo. *1.- Algunas sentencias del Tribunal Constitucional en el tratamiento de la contratación especial. A.- En el*

* Profesor Principal del Área Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo.

sector privado. B.- En el sector público. 2.- La revolución científica y tecnológica y sus efectos en la contratación laboral. 3.- Intentos recientes de codificación del Derecho del Trabajo. III.- Propuestas iniciales para la reforma y modernización de los regimenes y contratos especiales de trabajo. *1.- Sobre la regulación principista de los regímenes generales y especiales de trabajo. 2.- Sobre la temática de la contratación especial en forma general. A.- En el sector laboral privado. B) En el sector laboral público.* IV.- Conclusiones. Bibliografía.

I. Referencia panorámica a la evolución de los contratos especiales de trabajo

1. Sucintas referencias iniciales a partir de las últimas décadas del siglo pasado.

La vida de los pueblos y sus instituciones no se fosiliza, cuanto más avanza el desarrollo de la sociedad, las fuerzas productivas, la economía, la ciencia y la tecnología, además de otros condicionantes, también avanza y se reinventa el derecho como respuesta a los nuevos requerimientos sociales, de allí que en el campo del jus-laboralismo y de la contratación laboral especial crecen y/o decrecen diversas figuras contractuales.

En la década de los cincuenta y sesenta del siglo pasado, juristas de gran renombre mundial (tales como Cabanellas, De la Cueva, Russomano, Camerlynck-Lyon Caen, Plá Rodríguez, entre muchos otros) empezaron a diferenciar los contratos comunes de los contratos especiales de trabajo. El salto cualitativo auroral en el debate técnico sobre el particular en mi apreciación ocurrió en el XI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social realizado en Caracas, en 1985, en cuyo Tema II: Relaciones de trabajo atípico se presentaron 18 ponencias, siendo de destacar las de Emilio Morgado, José Montenegro, Daniel Monzón, Franco Carinci, Jean Pelissier, Oscar Ermida, etc., que en regla general y con algunas excepciones estuvieron más enfocadas al Derecho Individual del Trabajo (SIDTSS: XI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 107 a 580).

En dicho contexto contractual evolutivo, antes y después de dicho estadío histórico, se han producido intensos debates y aportes sobre el tema a nivel académico en diversos congresos mundiales, regionales y nacionales, así como por el desarrollo de diversas experiencias legislativas y jurisprudenciales. Por

ejemplo, Roccella y Treu estudiaron el trabajo atípico en la Carta de Derechos Sociales Fundamentales insistiendo en un modelo europeo de regulación del trabajo atípico (Rosella-Treu, 1992,191-220). Alonso Olea, desarrolló y sintetizó los avances teóricos de su tiempo al calor de las nuevas realidades socioeconómicas y tecnológicas, sistematizó las notas definitorias del trabajo típico (a tiempo completo, por tiempo indeterminado, en locales proporcionados por el empleador y bajo su dependencia), y señaló que los trabajos atípicos son desviaciones de dichas características y expresan la flexibilización o la disolución de la dependencia hacia formas más sutiles de adaptación a las nuevas realidades económicas (Olea, 1987, 115-133).

En España, con la promulgación del Estatuto de los Trabajadores (ET) en 1980 y sus redefiniciones (a partir de entonces y considerando solo hasta el año 2010 tuvo 43 modificaciones), el debate doctrinal y jurisprudencial ha sido intenso, como dan cuenta entre muchos otros autores (Martín - Rodríguez – García, 2011, 194-210) señalando que el art. 2.1 ET incluye como "relaciones laborales de carácter especial" a ocho grupos o categorías de laborantes, a las cuales posteriormente se agregó 3; también reseñan que dentro de su articulado y normas posteriores se incluyeron las denominadas "relaciones laborales con particularidades de origen sectorial": trabajo en el mar, campo, minería, aeronáutico y construcción, y aparte de esta lista consideran a los profesionales de la información y el teletrabajo.

Para Palomeque López y Álvarez de la Rosa, las relaciones laborales especiales son una ampliación históricamente sinuosa del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo y sus peculiaridades a veces se refieren a la propia actividad (el lugar de trabajo o el especial objeto de la prestación), otras, a las propias condiciones de trabajo o a la regulación de la extinción del contrato. Dentro de dichas relaciones especiales incluyen: altos cargos, servicio doméstico, penados en penitenciarías y menores internados, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, mediadores mercantiles dependientes, discapacitados en centros especiales de empleo, estibadores portuarios, personal civil en establecimientos militares, residentes para especialistas en ciencias de la salud, abogados en despachos individuales o colectivos, profesores de religión en centros públicos (2015, 741 a 764).

La contratación especial de trabajo viene siendo objeto de eventos académicos, gubernamentales y jurisdiccionales de larga data. Trascendería los

objetivos de este artículo abordar y sistematizar incluso los aspectos medulares de dicha evolución. Sin embargo, permítaseme una ligera referencia al XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, realizado en Lima-Perú en setiembre del 2021, cuyo tema 5 estuvo dedicado a los trabajadores atípicos e informales y contó con la ponencia oficial de Roberto Fragale Filho y Pamhidzai Bamu (referida sobre todo a experiencias de trabajos atípicos en Tanzania y otros países africanos) y cinco ponencias libres de autores colombianos, italianos y peruanos, referidas a las plataformas digitales y los repartidores, trabajadores atletas, trabajo forzoso y trabajo autónomo (SIDTSS: Retos de los Sistemas de Legislación Laboral y Seguridad Social, 2021, 272-290).

La contratación especial de trabajo viene siendo objeto de eventos académicos, gubernamentales y jurisdiccionales de larga data. Trascendería los objetivos de este artículo abordar y sistematizar incluso los aspectos medulares de dicha evolución. Sin embargo, permítaseme una ligera referencia al XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, realizado en Lima-Perú en setiembre del 2021, solo para resaltar que el tema 5 estuvo dedicado a los trabajadores atípicos e informales y contó con la ponencia oficial de Roberto Fragale Filho y Pamhidzai Bamu (referida sobre todo a experiencias de trabajos atípicos en Tanzania y otros países africanos), y cinco ponencias libres de autores colombianos, italianos y peruanos, referidas a las plataformas digitales y los repartidores, trabajadores atletas, trabajo forzoso y trabajo autónomo (SIDTSS: Retos de los Sistemas de Legislación Laboral y Seguridad Social, 2021, 272-290).

2. Síntesis del tratamiento doctrinal de los contratos especiales de trabajo en el Perú

A. En el sector laboral privado

El tratamiento jurídico de este segmento resulta históricamente inorgánico y complejo. Varios autores se han pronunciado sobre el tema. A continuación, referiremos genéricamente las posiciones de algunos de ellos sin detallar los regímenes o contratos que cada uno menciona según su parecer porque hacerlo "in extenso" resultaría en muchos casos repetitivo y ocuparían mucho espacio. Por tal razón, salvo algunas excepciones, haremos referencia a su cantidad sin

considerar sus nomenclaturas, que bien se podrían acoplar y sistematizar en una lista general.

José Montenegro Baca, al estudiar la jornada de trabajo definió tempranamente los regímenes especiales de la jornada de trabajo como "las regulaciones peculiares de esta en atención a las características que ofrecen ciertos trabajos", pudiendo estos ser de índole legal, contractual o consuetudinario. Desarrolló las exclusiones y las excepciones a la jornada de trabajo en función a que si eran mayores o menores a 8 horas; ubicó dentro de las exclusiones a los altos empleados, los de confianza y los que laboran sin fiscalización superior inmediata, domésticos, mayordomos de hotel, capitanes de la marina mercante, choferes particulares, ciertas clases de trabajo intermitente y el de familia. Dentro de las excepciones clasificó a los artistas de teatro y congéneres, atletas, bancarios, contadores públicos, trabajadores de frigoríficos y de lugares insalubres, mineros, operadores cinematográficos, periodistas, profesores, profesionales liberales, etc. (1959, Tomo I, p. 152 y 275-300).

Posteriormente, dicho autor desarrolló en el XI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social la ponencia "Nuevas formas y aspectos del contrato y relaciones de trabajo especiales o atípicas", donde diferenció a tono con su época los contratos especiales de las relaciones especiales de trabajo, atribuyéndoles a las primeras variaciones en todos o algunos de sus elementos personales y/o reales y a las segundas la carencia de algunas de las notas tipificadoras del contrato de trabajo; luego presentó 19 contratos especiales (aeronavegantes civiles, aerofumigadores, agentes viajeros, agrícolas de temporada, deportistas profesionales, artistas y congéneres, construcción civil, cortadores de madera en la selva amazónica, docentes particulares, trabajadores del hogar, a domicilio, gastronómicos, de islas guaneras, mujeres y menores, periodistas profesionales, portuarios, radio y televisión, pesca industrial y choferes independientes, al servicio de vehículos particulares, y de servicio público para empleadores individuales o de empresas), y 2 relaciones atípicas (aprendizaje y trabajo del penado) (XI Congreso Mundial, 1985, a de Derecho del Trabajo "Nuevas formas y aspectos del contrato y relaciones de trabajo especiales o atípicas", pp. 195-228).

Jorge Rendón Vásquez (1995, a, 575-596), con algunas precisiones posteriores, analiza los regímenes especiales y los contratos especiales, pero no los

define ni diferencia con precisión; incluye 5 dentro de los primeros (construcción civil, peluqueros, agrícolas de temporada, profesionales y trabajadores de hoteles, restaurantes y similares) y 5 dentro de los segundos (artistas, deportistas, pescadores, trabajadores del hogar y estibadores terrestres).

Tulio Obregón (1996, 61-79), 61 a 79), en principio no hizo diferenciaciones entre la contratación laboral común y la especial y ubicó dentro de la primera 4 contratos; años después (2005, b) trabajó 19 como regímenes especiales.

Javier Neves Mujica (1997, 44-46), sostuvo que el contrato típico es el que se presta con duración indeterminada, a tiempo completo, para un solo empleador y en el propio centro de trabajo, y el contrato atípico se da cuando uno o más de dichos elementos está ausente, luego identificó el contrato de tiempo determinado con el trabajo atípico y este con el trabajo precario.

Jorge Castillo, Claudia Lapeyre y Jaime Abad, (2001,139-185) se refieren a los regímenes especiales y grupos de protección en 9 capítulos, pero tampoco desarrollan diferenciaciones entre regímenes y contratos especiales. Francisco Gómez Valdéz (2000, 121.229), desarrolla 17 contratos especiales, que a veces sinonimiza con los regímenes especiales y también hace referencia a otros 6 contratos que según su opinión no están previstos en nuestra legislación especial. En publicación posterior adicionó a la lista anterior 7 y suprimió los 6 que sustentó como no previstos por la legislación peruana (2007, 149-197).

Oscar Bernuy tampoco hizo diferenciaciones y desarrolló 23 regímenes especiales, incluyendo dentro de estos a algunos regímenes y contratos especiales pertenecientes a las carreras especializadas y trabajadores comunes de la actividad laboral pública (cirujanos dentistas, profesores, fuerzas armadas y policiales (2003, 7-284). Javier Dolorier identificó al paso 4 regímenes especiales y 4 contratos especiales (2001, 63-68 y 114-115). Pacheco Mayta clasificó a todos como 19 regímenes especiales (2004, 543-740).

En nuestro punto de vista, hay en el Perú una simbiosis dialéctica evolutiva e involutiva entre los contratos de trabajo comunes, los contratos y regímenes especiales de trabajo, de manera que el desarrollo socio-económico y los cambios en el aparato productivo han propiciado que, a modo de fuerzas centrífugas y centrípetas, algunos contratos de trabajo han evolucionado en grados medios hacia los contratos especiales primero, y/o hacia los regímenes especiales en

grados mayores después, pero también han acaecido fenómenos inversos porque con el tiempo algunos regímenes se han deteriorado e involucionado hacia la contratación especial y en ocasiones hasta la contratación común.

En el año 2007 (Gonzáles, a, 557-605) tomamos como referencia 45 probables relaciones especiales de trabajo dentro del régimen laboral de la actividad privada , las sometimos al estudio de 14 criterios diferenciadores (Influencia del entorno socio-económico y tecnológico, naturaleza intrínseca de la labor, desarrollo de normatividad específica heterónoma y/o autónoma, presencia o debilitamiento de la subordinación, regulación o cuestionamiento del periodo de prueba, variaciones en la jornada de trabajo, particularidades en los descansos remunerados, tratamiento de la suspensión de la relación de trabajo, variaciones en la contraprestación, aspectos "sui géneris" en los aportes y/o contribuciones relacionados con la planilla, funcionamiento de las causales de extinción del contrato, mayor o menor logro o presencia de beneficios sociales, mayor o menor aplicabilidad del derecho colectivo del trabajo y diferenciaciones en la aplicación del derecho de la seguridad social).

A continuación dividimos los criterios de diferenciación en cuatro grupos (fundamentales, complementarios, coadyuvantes y rasgos sintomáticos y de acuerdo a su importancia les asignamos los pesos 4, 3, 2 y 1, respectivamente); para evaluar su aplicabilidad en la realidad concreta utilizamos seis ítem de calificación (alta, media alta, media normal, media moderada, baja y muy baja), luego aplicamos porcentajes y promedios ponderados en cada grupo y con todo ello ubicamos en un gráfico de barras verticales el lugar que correspondía a cada uno de los 45 casos estudiados; por último, propusimos una clasificación que con el tiempo seguimos revisando, madurando y corrigiendo porque nos convence del todo.

En dicha clasificación consideramos 3 regímenes especiales de trabajo (construcción civil, pescadores y artistas), 30 contratos especiales y el resto fueron puestos en duda como falsos o discutibles contratos especiales. También sugerimos algunos criterios de clasificación, siendo en nuestro entender los más importantes los siguientes: a) por el grado de evolución de sus instituciones más importantes, b) por el lugar donde se realiza la prestación, c) por la aplicación del esfuerzo del trabajador, d) por la naturaleza de la función desempeñada, e) por el grado de especialización y exigencias de innovación, f) por las variaciones

que presenta la retribución, g) por las particularidades de los beneficios sociales y, h) por sus vinculaciones con el Derecho Colectivo del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social.

Entre los entretelones del tiempo transcurrido, con los vertiginosos cambios propiciados en la humanidad por la ciencia, la tecnología y la innovación y su aplicación a los procesos productivos, han aparecido o reaparecido nuevas y/o antiguas formas de trabajo que hay que someter a nuevos y escrupulosos análisis porque todo el Derecho del Trabajo ha entrado en procesos de redefinición por la cuarta revolución industrial y otras causales.

Sara Campos ha publicado un libro donde clasifica 26 regímenes especiales de trabajo en tres partes: I.- Por actividad o tamaño de la empresa: construcción civil, mypes, agrarios y agrícolas, mineros, educadores, portuarios, exportación no tradicional y pesqueros; II.- Por la naturaleza del trabajo: hogar, tiempo parcial, médicos, domicilio, policía nacional, artistas, porteadores, futbolistas profesionales, restaurantes y hoteles, lustradores de calzado y notarios; III.- Por las condiciones especiales del trabajador: extranjeros, adolescentes, trabajadoras gestantes, con VIH/sida, discapacitados, aprendices de Senati y trabajadores migrantes andinos (2009).

Carlos Guillermo Morales reseña la importantísima idea de Ojeda Avilés de que esos contratos a veces se dictan para introducir legalmente un escalón "in pejus" para actividades por cuya peculiaridad no se les da la plena "ciudadanía laboral", así como la clasificación del argentino De Diego de cinco tipos de regímenes especiales: a) De actividad (construcción, marítimos y agrarios); b) De arte u oficio (periodistas, artistas); c) De profesión (pilotos, médicos, docentes, deportistas profesionales); d) De especialidad (viajantes de comercio, controladores aéreos); y e) Por la estructura empresarial (Pymes). (SPDTSS, IV Congreso, 2010, 576-577).

Edgardo Balbín (2010, 619-622), en un estudio muy interesante y riguroso sobre el tema ha presentado los criterios de clasificación siguientes: 1.- Según su carácter: público (con presencia de carreras profesionales) y privado (ausentes de referencias a la carrera profesional); 2.- Según el sector de actividad al que se aplica la normativa con ajustes por determinadas particularidades (construcción civil, agrario, minería, pesca y restaurantes y hoteles); 3.- Según la profesión u oficio: artistas, futbolistas, trabajadores del hogar y porteadores; 4.- Según las

características especiales del trabajo o del trabajador que alteran las regulaciones previstas para el trabajo típico: extranjeros, adolescentes y trabajadores a domicilio; 5.- Según las diferencias con objetivo promocional: exportación no tradicional, sector agrario y promoción de la micro y pequeña empresa.

Agrega dicho autor que tanta diversificación confirma sospechas sobre el probable uso de criterios irrelevantes de diferenciación y de confirmación de clases y subclases, se sobrevaloran las diferencias sin considerar las relevantes y las irrelevantes y veces se basan en características personales y no en razones objetivas (los artistas, futbolistas, trabajadores a domicilio, construcción o educación son claros ejemplos de diversificación para el cumplimiento del objeto, en cambio, las diversas clases de profesionales relacionados con la salud no presentan especificidades relevantes.

En publicación más reciente, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social ha hecho una compilación normativa discutible y referencia a 22 regímenes laborales especiales, incluyendo, además de los ya conocidos, a los lustradores de calzado, trabajadores autónomos ambulantes, notarios y biólogos (2020, 1415 pp.).

B. En el sector laboral público

Al influjo de los grandes debates doctrinales desde los predios del derecho público y privado sobre la naturaleza jurídica de la relación entre el Estado y sus agentes se fueron decantando las teorías privatistas (mandato, locación de servicios, contrato innominado de Derecho Civil), publicistas (política, estatutaria, contrato de derecho público, acto bilateral); y teorías mixtas, comenzó a plantearse la clásica separación entre el régimen laboral público y privado sosteniendo primero que ambos eran divergentes o irreconciliables, luego surgieron las corrientes convergentes y mixtas y el cambio de modelo significó para el Estado empleador aceptar la existencia del contrato privado y como consecuencia la intervención sindical en la forja de mejores condiciones de trabajo.

Sin embargo, a pesar de dichos avances, las expectativas de un proceso mundial de convergencia no cuajaron o lo hicieron en grados leves; de modo que en muchos casos la divergencia continúa porque el derecho laboral público, parodiando a Bordogna, sigue siendo "un mosaico de diversidades" y las

relaciones del servicio público continúan ancladas en las tradiciones culturales, legales y administrativas en diversos países. (2008, p. 222 a 228).

En el caso del Perú el debate doctrinario también ha sido intenso: de las teorías privatistas pasamos a las teorías publicistas, y de allí a las estatutarias y contractualistas, todas las cuales han tenido como defensores a grandes juristas nacionales: Ruiz Eldredge, Bacacorzo, Guerra Cruz, entre otros (Gonzáles; O, 2015, 375).

La Ley 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, de 1950, fue la primera que sistematizó el servicio civil en el Perú según las concepciones de la época; después de una normatividad desarticulada, se promulgó en 1984 el D.L. 276, que también reguló técnicamente la carrera administrativa y recibió la influencia del derecho laboral privado, y que poco a poco, gracias a los avances en su ámbito personal, abrió también las posibilidades para que parte de sus conflictos individuales vayan a la vía jurisdiccional. Sin embargo, con el tiempo y por marañas burocráticas, complejidad, desorden y "praxis" políticas y antitécnicas, tal sistema devino en obsoleto y perjudicial para el Estado y para los trabajadores administrativos y profesionales a su servicio.

Su reforma era necesaria, urgente y tenía que ver con temas estratégicos, como son el diseño y mejor desarrollo de las políticas de Estado sobre recursos humanos.

En esa línea, en el año 2012, especialistas del SERVIR y el Ministerio de Economía y Finanzas prepararon un esclarecedor informe técnico para que los organismos pertinentes planificaran la reforma del sistema que había sido vulnerado por todos sus flancos: encontraron más de 500 normas sobre el servicio civil, más de 102 escalas remunerativas, 82 actividades del Poder Ejecutivo, más de 400 reglas diferentes que regulan el pago de los servidores públicos, y más de 198 conceptos de pagos remunerativos y no remunerativos. (Servir, 2012).

Lo real y concreto es que la Ley del Servicio Civil N° 30057, de 2013, se promulgó con el objetivo de impulsar la reforma y la unificación del servicio público y poner orden frente a las deficiencias y vicios que por doquier presentaba dicho sector, con la presencia de una hiper-legislación desarticulada, antitécnica, contradictoria, insufrible y discriminatoria. Es una ley bien estructurada y con visión de futuro, tiene, entre otros, buenos aciertos como el de

pretender organizar mejor los puestos y familias de puestos, y desaciertos como el de excluir de su aplicación a varios grupos de instituciones indebidamente privilegiadas conforme ha sentenciado el Tribunal Constitucional. Sin embargo, han pasado ocho años de su vigencia y sus avances van a paso de tortuga, por lo que sin duda necesita urgentes reimpulsos, reajustes y rediseños para garantizar su materialización, empezando por las etapas del proceso de implementación.

En relación a la clasificación de los regímenes y contratos especiales de trabajo, también se aprecian falta de desarrollos teórico-fácticos, micro-segmentaciones innecesarias, inclusiones posteriores indebidas y otras particularidades que se manifiestan en sus respectivas clasificaciones.

La Ley 30057 se aplica a los trabajadores administrativos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Gobiernos regionales y locales, organismos a los que la Constitución les confiere autonomía y demás entidades del Estado con potestades administrativas y ha excluido de su aplicación a los trabajadores de empresas del Estado, servidores civiles del Banco Central de Reserva, Congreso de la República, Sunat, Superintendencia de Banca y Seguros, AFP, Contraloría General de la República, servidores sujetos a carreras especiales, y obreros de los Gobiernos Regionales y Locales,, situación que ha sido corregida por el Tribunal Constitucional.

También ha definido que hay nueve carreras especiales: Diplomáticos, docentes universitarios, profesionales de la salud, magisterio nacional, oficiales de las Fuerzas Armadas, personal de la PNP, penitenciarios, fiscales, jueces, y municipalidades que cuentan con menos de 20 trabajadores.

En esta clasificación es donde hay varios desencuentros: a) Algunos sectores de opinión hacen mención a cuatro regímenes generales (de carrera administrativa: D.L. 276; sin carrera con vínculo laboral: D.L. 728, D.L. 1057 y Ley 30057), nueve carreras especiales (antes mencionadas), y otras (sin carrera con vínculo laboral: gerentes públicos; y, sin carrera con vínculo civil: convenios administrativos con PNUD y Fondo de Apoyo Gerencial); b) En base a normas posteriores expresas algunos mencionan como régimen a los inspectores de trabajo, y otros a las enfermeras, tecnólogos médicos, obtetrices, biólogos, psicólogos, químico-farmacéuticos, etc.; c) También se ha incluido la ley del trabajador judicial; y, d) En medio de tanta confusión, curiosamente se observa que en algunos ambientes se difunden 12, 15 y hasta 18 regímenes laborales en

el sector público. En este contexto general, no hay que perder de vista que en algunos casos el Tribunal Constitucional ha declarado su inconstitucionalidad, tema que abordaremos sintéticamente "infra".

II. Visión panorámica del tratamiento jurisprudencial de la contratación laboral especial. La revolución científica y tecnológica y sus efectos en la contratación. Intentos recientes de codificación del derecho del trabajo

1. Algunas sentencias del Tribunal Constitucional en el tratamiento de la contratación especial

A. En el sector privado

a. Exp. N° 0261-2003-AA/TC, de 26.03.03.- Caso negociación colectiva de construcción civil, que declaró infundada la demanda de CAPECO y dio pase a la continuidad de la negociación por rama de actividad, señalando que dicha actividad es eventual o temporal, de alta rotación, con ubicación relativa del centro de trabajo y multiplicidad de empleadores. Nos parece importante señalar en este caso la mención al Derecho Colectivo del Trabajo, porque para nosotros es un criterio diferenciador válido para sostener la importancia de un régimen especial.

b. Exp. N° 0027-2006-PI, de 21.11.07.- Caso régimen laboral agrario, ley N° 27360. El TC declaró infundada la demanda, esforzándose en explicar los regímenes laborales en el marco constitucional y el sustento académico de constitucionalidad de la ley 27360 a través del test de igualdad (razonabilidad o proporcionalidad) en sus 3 subprincipios: de idoneidad o de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad "estricto sensu", concluyendo que la intensidad de la intervención en la igualdad es leve y se cumplen las exigencias de los tres subprincipios (F-67 y 73 a 81).

En relación a esta sentencia conviene aclarar que el contrato agrario desde que se promulgó la ley 27360 siempre ha sido un contrato especial cercano a la categoría de régimen especial, pero desde que fue derogada por la ley 31087 y poco después se aprobó su nueva ley N°31110, en diciembre del 2020, con el reconocimiento, después de grandes luchas gremiales, de buena parte de los

beneficios del D.L. 728 y normas conexas, sigue siendo un contrato especial, antes era un contrato especial inconstitucional discriminatorio frente a los principales derechos laborales.

Como el espacio no da para ahondar en el test y sus subprincipios precitados, me remito a los desarrollos planteados por Quiñones S, y Sánchez C. (2009, 292 a 297), Morales, C. (2010, 587 a 596), y Gonzáles, O. (2010, 786 a 792).

B. En el sector público

a. Exp. N° 00002-2010-AI, de 07.09.10.- El TC declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad del CAS, disponiendo que según el F-47 se trata de un régimen especial de contratación compatible con el marco constitucional. Sin embargo, yerra en sus Fundamento F-26 y F-31 al señalar que el CAS no es complementario de ninguno de los regímenes precedentes, por lo que se considera un sistema de contratación laboral independiente que coexiste con los regímenes generales.

b. Exp. N° 0025-2013-PI/TC, más 3 acumulados del 2014. En sentencia del 26.04.16, el TC declaró fundadas en parte las demandas de inconstitucionalidad en el extremo que excluyen de la ley 30057 a los servidores civiles del BCR, Congreso de la República, Sunat, Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, Contraloría General de la República y obreros de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales. Son de suma importancia, entre otros, los siguientes fundamentos de la sentencia: Es constitucional que la ley prevea excepciones para la no inclusión de determinados servidores en función de la especial naturaleza o particularidad del servicio y no es indispensable ni necesaria la regulación de un tratamiento especial para aquellos que no tienen dichas características (F-63 y F-67); No se puede hacer exclusiones cuando no se evidencia justificación válida o base objetiva alguna que la fundamente, porque de lo contrario estaríamos ante una exclusión arbitraria e irrazonable (F-70); El hecho de que un determinado servidor público labore en un determinado poder del Estado, órgano constitucional o descentralizado, no implica que tenga que estar comprendido dentro de un régimen laboral especial (F-79).

c. Pleno Jurisdiccional, Exp. N° 029-2018-PI/TC, de 20.06.20.- Caso Ley N° 30745, que declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad sobre un régimen laboral exclusivo para los trabajadores jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial. Resumen y argumentos importantes: i.- El Congreso aprobó esta supuesta "carrera" en abril 2018 con 7 niveles y 56 cargos, algunos en un mar de confusiones donde están incluidos también los asistentes de atención al público, anfitrionas e inventariadores (F-65), ii.- Se otorgó la potestad de reglamentar la ley al Poder Judicial, siendo esta una potestad exclusiva del Poder Ejecutivo (F-106 y 107); iii.- No hay especialidad o particularidad del servicio prestado y no se advierte la existencia de progresión en la carrera (F-70 y 71); y iv.- También se declaró la inconstitucionalidad por conexión del reglamento aprobado por el P.J. vía "control abstracto de constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal".

d. Exp. N° 00013-2021-PI/TC, de 24.08.21. Caso de incorporación del régimen CAS al D.L. 728 y D.L. 276. (declaración de inconstitucionalidad de la Ley 31131). Frente a los reclamos de que la norma impugnada incrementa las deficiencias de los D.L. 276 y 728 para regular la labor de los servidores públicos, las cuales buscan ser superadas con la aplicación de la Ley 30057, el TC señaló que la ley 31131 no solo refuerza el tratamiento desarticulado y no planificado que todavía subsiste en la gestión de recursos humanos en el Estado, quien es el titular para diseñar y dirigir la política laboral pública y viene desplegando esfuerzos para implementar progresivamente un régimen laboral único (F-15 y F-39).

2. La revolución científica y tecnológica y sus efectos en la contratación.

Es "vox pópuli" que en la actualidad gracias a los grandes avances de la ciencia, la tecnología y la innovación nos encontramos en la cuarta revolución industrial, basada en la revolución digital, donde la tecnología adquiere nuevas e insospechadas materializaciones con sistemas físicos cibernéticos, la hiperconectividad e interoperatividad entre máquinas, artefactos, sensores y personas a través del internet de las cosas y de las personas, la realidad aumentada a través de la inteligencia artificial y el big data, el aprendizaje automático con el uso

de algoritmos con instrucciones codificadas gracias a las cuales se desarrolla la robótica y se realizan acciones, se toman decisiones y se resuelven problemas que normalmente requieren capacidades cognitivas. En suma, esta cuarta revolución industrial o "Industria 4.0", está transformando paulatina y radicalmente los procesos productivos y los mercados y creando nuevos modelos de organización del trabajo, provocando la disminución del empleo global, frente a lo cual hay grandes desafíos para la transformación del trabajo y del derecho del trabajo y diversas exigencias para labrar alternativas de renovación, reinvención y reafirmación de las esencias de esta disciplina jurídico-social, como, por ejemplo, la propuesta para la construcción de un nuevo modelo de derecho transnacional del trabajo. El XXIII Congreso mundial de la SIDTSS, recientemente realizado en Lima, ha desarrollado e incentivado reflexiones y aportes profundos sobre estos candentes temas (Ver en especial ponencias de Pizzoferrato, A (2021, 33-74) y Sanguineti W. (2021, 105-168).

En lo referente a las consecuencias en la contratación laboral especial, es obvio que en lo general son las mismas que afectan a todo el trabajo humano y el protegido por la disciplina jus-laboral: amenazas de desempleo tecnológico con mayor perjuicio para los pobres y los trabajadores no calificados o poco calificados, grandes conflictos por la conservación de los puestos de trabajo, políticas de Estado insuficientes y poco visionarias para afrontar las exigencias de la población económicamente activa, demandas profesionales y ocupacionales completamente nuevas, avance del trabajo remoto, teletrabajo, trabajo a domicilio y otras, pérdida de privacidad y acrecentamiento de los poderes directivos con estructuras no piramidales y el uso de mayores tecnologías de vigilancia para el contrato de trabajo, ubicuidad de los espacios físicos de las empresas y lugares de trabajo, altos grados de movilidad, trabajo flexible e interconectado, prestaciones y contraprestaciones mutantes, efectos perjudiciales en la salud de los trabajadores, erosión del tiempo libre, estrés, trastornos psíquicos y físicos, etc.

A primera vista, la contratación laboral especial en el Perú, teniendo en cuenta los datos estadísticos del INEI (2020, 42) y el MTPE (2020), sobre la estructura porcentual mayoritaria de la población ocupada en el **sector privado** según ramas de actividad al 2020, al parecer debería darse, con desarrollos científico-tecnológicos desiguales, más significativamente en: la agricultura, pesca y minería: 26,9 %, comercio: 19,3 %, manufactura: 8.7 %, transportes y comunicaciones: 7,8 %, y construcción: 5.7 %. En el caso del **sector público**,

la mayor población ocupada en relación a la contratación especial se da también con desarrollos desiguales en: los que deberían estar dentro del Servir- D.L. 276, 728 y D.L. 1057 (aprox 800,000 trabajadores), el magisterio de educación básica (aprox 321,000), militares y PNP (aprox 186,000), docencia universitaria (aprox 22,000) y profesionales de la salud (aprox 11,000). Sin embargo, las cosas no son tan simples por los diferentes desarrollos de las estructuras productivas y/o de servicios en cada una de dichas ramas, de manera que deberíamos auscultar los casos concretos por áreas donde probablemente podría hablarse en los sectores privado y público de "bolsones de contratación laboral especial". De ese modo, **recién se podría alcanzar ciertos grados de claridad en la relación "contratos especiales de trabajo y/o carreras especiales – intensidad en los cambios y procesos de modernización tecnoproductiva y/o de servicios - reformas y reestructuraciones jurídicas posibles."**

Vistas así las cosas, los efectos podrán ser similares en algunos aspectos en la contratación especial en ambos sectores, sobre todo en el campo de la administración en términos amplios, pero claramente diferentes en la aplicación de la ciencia, la tecnología y la innovación aplicada a los procesos productivos en las áreas precitadas y otras colindantes.

3. Intentos recientes de codificación del Derecho del Trabajo.

El debate sobre la codificación o no codificación del Derecho del Trabajo es de larga data en el Perú, pero no prosperó y se prefirió impulsar como alternativa una ley general de trabajo (LGT). Hay varios anteproyectos sobre este tema desde hace varios decenios que pasaron al desván o se reactualizaron. En nuestra opinión uno de los más importantes fue el presentado el 2002 por una Comisión Especial integrada por Neves, Blancas, Ciudad, Pasco, Villavicencio, entre otros; los contratos especiales de trabajo propuestos fueron cuatro: trabajo a tiempo parcial, a domicilio, a distancia y el de extranjeros; después de largos debates en el Consejo Nacional de Trabajo, los empresarios, trabajadores y representantes del Ministerio de Trabajo consensuaron varios de sus artículos en el 2005. Los anteproyectos posteriores se basaron en los avances logrados y con los aportes de las comisiones de expertos y sus consiguientes debates, en el Congreso de la República se presentó el PLGT N° 4145-2014-CR, de 26.01.2015, que también se quedó en el camino.

El gobierno en ejercicio, por R.M. N° 232-2021-TR, de 26.11.21, ha designado una nueva Comisión Especial temporal para que elabore un anteproyecto de Código de Trabajo para proponerlo a las instancias pertinentes. Esperamos equivocarnos, pero por ahora no le auguramos buenos vientos por varias razones fundamentales: a) La codificación fue desechada hace varios decenios y se sustituyó por las propuestas de una LGT; b) La legislación laboral es hiperabundante, engorrosa y en ciertos casos antitécnica. Qué sería mejor: ¿un Código de Trabajo único para los sectores privado y público, o un Código para cada sector, o una LGT para ambos o una para cada uno? ¿qué ubicación tendría en este escenario la contratación laboral privada y pública? ¿Qué se trabaje por un máxi - Código insufrible o un Código de esencias donde los "parches" nos vuelvan pronto a la situación en la que nos encontramos?; c) Los preocupantes interrogantes derivados de los grandes avances de la ciencia, la tecnología y la innovación aplicados a los procesos productivos que ponen en tela de juicio el futuro de nuestra disciplina jurídica y exigen su reingeniería; y , d) La dramática situación de crisis que afronta el país exige otras prioridades estratégicas. Sin embargo, a pesar de los grandes problemas anotados no hay que ser negativo, por algo se tiene que empezar, y qué mejor que empezar a estudiar con calma y profundidad el complejo tema de la regulación de los contratos especiales de trabajo como una gran oportunidad para prevenir, reflexionar, proponer y tomar acciones de mediano y largo plazo para la mejora del Derecho del Trabajo peruano.

III. Propuestas iniciales para la reforma y modernización de los regimenes y contratos especiales de trabajo

1. Sobre la regulación principista de los regímenes generales y especiales de trabajo.

Sostenemos que la Constitución reconoce los sectores laborales privado y público dentro del Cap. II del título I, referido a los derechos sociales y económicos, así lo tiene establecido el Tribunal Constitucional en el Fundamento F-23, del Exp. N° 00002-2010-AI. Verbigracia, para ordenar conceptos en nuestra modesta opinión, tenemos que reconocer que **solo tenemos dos regímenes laborales generales: el privado y el público**. No hay un "tertum genus"

Dentro de dichos regímenes, en el segundo nivel jerárquico, existen **el régimen laboral común del sector privado y el régimen laboral común del sector**

público. Al interior de estos últimos debemos sub-clasificar por separado: **a) Sector privado:** a.1. D.L. 728 o los que lo sustituyan; a.2. regímenes laborales especiales; y, a.3. Contratos especiales de trabajo; y, **b) Sector público:** b.1. Ley 30057 o las que la sustituyan; b.2. Regímenes laborales sectoriales con normas comunes; y, b.3. Carreras específicas.

En el sector privado las cosas parecen estar claras. En el sector público hay que hacer las siguientes aclaraciones: a) En relación a la posición b.1, no es cierto que hay 4 regímenes generales, la ley 30057 como objetivo estratégico se convirtió en la madre receptora de las relaciones del D.L. 276 (que hace tiempo está obsoleto y en extinción) y el D.L.1057 (que es la forma en que debieron y seguirán siendo absorbidos los nefastos "contratos de locación de servicios" más conocidos como "SNP", a través del CAS). Sin perjuicio de volver sobre el punto más adelante, nótese que el D.L. 728 es o debería aplicarse solo en los casos donde el Estado actúa como empresario y no como administrador. Verbigracia, los D.L. 276 y 1057 son "normas en tránsito". El Congreso de la República ha cometido un error garrafal y retrógrado al pretender con la ley 31131 que los trabajadores CAS pasen a la 276 y 728, frente a lo cual el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional dicha ley, ya que lo legal, dispuesto hace ya ocho años, es que migren a la 30057 previa modificación de los "cuellos de botella" de esta última.

Reavivar los debates superados sobre la pretensión de un Código del Trabajo, incluso de una Ley General del Trabajo, no nos parece lo más conveniente en el momento actual, cuando el Perú tiene grandes problemas estructurales destapados con la pandemia del Covid-19. Eso no significa desentenderse de la discusión de la compleja contratación laboral especial peruana, en la cual se puede ir avanzando de a pocos.

2. Sobre la temática de la contratación especial.

La situación internacional y nacional es sumamente compleja y de un futuro impredecible en el mediano y largo plazo por los avances vertiginosos de la ciencia, la tecnología, la innovación en los procesos productivos, los cambios económicos, políticos, climáticos, poblacionales, etc., en la mayoría de los segmentos de la sociedad. Todo esto influye sobremanera en el Derecho del Trabajo que es amenazado con un proceso de deconstrucción y redefinición de sus

pilares básicos. En consecuencia, el Consejo Nacional de Trabajo, la academia, los políticos auténticos y demás instituciones y personas de buena voluntad, son los primeros que deben dialogar democráticamente en base a los acuerdos y consensos logrados armoniosamente en el primer quinquenio del presente siglo; estimamos que ese es el lugar natural donde en principio debe recomenzar el dialogo tripartito sobre estos cruciales temas. Las ideas que consignamos a continuación son preliminares, modestas y polémicas.

A. En el sector laboral privado.

a. Deben aclararse las diferencias y las especificidades propias entre los regímenes y los contratos especiales de trabajo, porque los primeros tienen un mayor grado de evolución respecto de los segundos. Para ello deberíamos aplicar esta importantísima regla: "A menor supletoriedad, mayor posibilidad de que nos encontremos frente a verdaderos regímenes especiales de trabajo; y, a mayor supletoriedad, mayor posibilidad de que nos encontremos frente a verdaderos contratos especiales de trabajo".

b. No es posible constreñir a los RET y los CET en un solo cuerpo normativo; en todo caso debería pensarse en la posibilidad de preparar anteproyectos de normas sectoriales afines, cuando corresponda y el sentido común aconseje que tengan un solo instrumento regulatorio, con títulos y capítulos comunes y otros que resulten específicos para cada sector.

B. En el sector laboral público.

a. Debe revisarse prolijamente la ley 30057, identificar, evaluar y corregir las causas que han propiciado su cuasi-esclaustramiento y como se trata de una política de estado para la real mejora del servicio público, debería discutirse la posibilidad de crear una Superintendencia de Fiscalización de Recursos Humanos del Estado con dicho fin.

b. No tenemos los instrumentos o herramientas técnico-jurídicas necesarias para diferenciar con claridad qué carreras podrían considerarse como regímenes especiales y cuáles como contratos especiales, porque de lo contrario, según nuestro particular punto de vista, podríamos

caer en la tentación o ligereza de considerar todas las carreras como regímenes especiales o todas como contratos especiales. Estos temas son muy delicados y requieren ir madurándolos a mediano plazo, siempre con "intervención no sesgada" de los involucrados en cada caso.

c. La legislación de los profesores alrededor de dos o más grupos, divididos con sus propias leyes, deben ser integrados en una sola, para operativizar su mejor gestión educativa.

d. En el Sector Salud podría evaluarse la posibilidad de integrar en una sola norma a los médicos con su respectiva carrera, y separar a los demás profesionales de la salud (tecnólogos médicos, enfermeras, biólogos, químico farmacéuticos, psicólogos, obstetrices, etc.) en carreras complementarias con estructuras de cargos y bandas salariales jerarquizadas en relación con los médicos. Los técnicos y auxiliares asistentes de salud, deben incorporarse con sus particularidades dentro de los grupos que corresponde dentro de la Ley 30057, con las modificatorias que resulten necesarias.

IV. Conclusiones

1. Los regímenes laborales público y privado no son irreconciliables, pero tampoco pueden ser indiferenciados ni pasibles de fusión a estas alturas del desarrollo de las ciencias jurídicas en general y del Derecho del Trabajo en particular. Hay que relativizar la polémica sobre las convergencias y las divergencias entre ambos regímenes, no hay tal, lo que hay es un paralelismo, una bipolaridad, dos especialidades técnicas con reglas de juego diferentes y/o iguales en ambos casos, y mutuas retroalimentaciones entre ambos.

2. La regulación de los nuevos escenarios de la contratación laboral especial en los sectores privado y público, sin perjuicio de los avances sectoriales que se pueden comenzar a avanzar y lograr a partir del presente, debe evaluar el decurso de las nuevas realidades tecno-científicas y los cambios en los diversos aspectos del quehacer social, dándose un tiempo mínimo de cinco años, para ir entendiendo por dónde va el decurso de la humanidad.

3. La problemática jurídico-laboral sobre la regulación de los regímenes y contratos especiales y/o las carreras existentes en el sector público es

mucho más compleja que la del sector privado, no solo porque el Derecho Administrativo del Trabajo se desarrolló con embrionaria historia recién a partir de los años cincuenta, sino por las características "sui géneris" de las políticas inarticuladas del Estado y la débil cultura organizacional de sus actores. Ello implica que en este sector la tarea reconstructiva de los regímenes, contratos y carreras profesionales es mucho más compleja y delicada.

4. Debe aprobarse a la mayor brevedad y al margen de los avances que se puedan lograr sobre los puntos en debate entre los interlocutores sociales, que todas las leyes de promoción de los sectores productivos y/o de servicios con vigencia de más de diez años se deroguen a la mayor brevedad, y que cualquier otro nuevo régimen promocional no puede exceder un periodo mayor de cinco años calendario.

V. Bibliografía

Alonso Olea, Manuel (1988): *"Los Contratos de trabajo Atípicos y la Adaptación del Derecho del Trabajo a la Crisis Económica y al Cambio Tecnológico"*. Libro Homenaje al Maestro Mozart Víctor Russomano. Coordinador: Dávalos José. UNAM, México.

Balbín Torres, Edgardo (2010): *"Regímenes Especiales en la Legislación Laboral Peruana"*. SPDTSS: IV Congreso Nacional: Retos del Derecho del Trabajo Peruano", Lima: Imprenta Editorial El Búho.

Bernuy Álvarez, Oscar (2003): "*Regímenes Especiales Laborales*", Tomo II. Lima: Editores e Impresores Surco, S.A.

Bordogna Lorenzo: (2008): "*Relaciones laborales del servicio público en Europa*". Diversas reformas inspiradas en la nueva gestión pública, en "Relaciones laborales en el mundo". Libro homenaje al profesor Luis Aparicio Valdez. Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.

Campos Torres, Sara Rosa (2009): *"Regímenes Laborales Especiales*". Soluciones Laborales. Manual Operativo 2, Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Castillo Guzmán, Jorge, Lapeyre Bringas, Claudia, Abad Abarca, Jaime (2001): *"Derecho Individual del Trabajo"*. Manual Práctico. Lima: Editorial Tinco S.A.

Dolorier Torres, Javier (2001): "*Manual Práctico de Derecho Laboral Empresarial*". Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Gómez Valdez, Francisco (2000): *"Contrato de Trabajo. Parte Modal, Especial y Atípica*", Tomo II, Lima: Editorial San Marcos, y (2007): "Derecho del Trabajo. Relaciones Individuales de Trabajo", Lima, Editorial San Marcos.

Gonzáles Nieves, Orlando (2007 a): "*Clasificación de los Regímenes y Contratos Especiales de Trabajo".* Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Escuela de Posgrado, Universidad Nacional de Trujillo. Perú. Gonzáles N, O. (2010 b): *"Contrato Especial Agrario". Precisiones necesarias para reinsistir en la inconstitucionalidad del art. 7.2 de la Ley 27360 y problemas y perspectivas en la contratación, prestaciones, descansos y contraprestación de servicios*". En: "SPDTSS, IV Congreso Nacional: Retos del Derecho del Trabajo Peruano", Lima: Imprenta Editorial El Búho.

Instituto Nacional de Estadística (2020): "*Estado de la población peruana* – 2020", p 42

Martín Valverde, Antonio, Rodríguez Sañudo, Fermín y García Murcia, Joaquín (2011): "*Derecho del Trabajo". 20 edición. Madrid: Editorial Tecnos.*

Ministerio de Trabajo y Promoción Social (2020): *"Compendio de normas legales de regímenes laborales especiales".* Lima, (Actualizado al 06.12.2020), 1415 pp.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2020): *"Anuario Estadístico Sectorial 2020".* Lima, p-59 y ss.

Montenegro Baca, José (1985): "*Nuevas formas y aspectos del contrato y relaciones de trabajo especiales o atípicas".* XI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tema 2, Volumen I y II. Caracas).

Montenegro Baca, José (1959): *"Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados".* Tomo I. Trujillo – Perú, Librería y Editorial Bolivariana.

Morales, G. (2010): "*Regímenes laborales especiales en el Perú: El caso de regímenes laborales de pequeña y microempresa, agrario y la contratación administrativa*

de servicios". En; "SPDTSS, IV Congreso Nacional: Retos del Derecho del Trabajo Peruano", Lima: Editorial El Búho.

Neves Mujica, Javier (1997): *"Introducción al Derecho del Trabajo*". Lima: Ara Editores.

Obregón Sevillano, Tulio (1996): *"Manual de Relaciones Individuales de Trabajo*". Lima: Editorial Tinco.

Pacheco Mayta, Rosario (2004): "*Manual Práctico de la Legislación Laboral*". Lima: Instituto de Investigaciones Horizonte Empresarial.

Palomeque López, Carlos, Álvarez de la Rosa, Manuel (2015): "*Derecho del Trabajo*". 21 edición, Madrid: Editorial Ramón Areces.

Quiñonez, Sergio y Sánchez Christian (2009): *"Igualdad ante la Ley y regímenes laborales especiales".* En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social".* Libro Homenaje a Javier Neves Mujica. Lima: Grijley.

Rendón Vásquez, Jorge (1995): "*Derecho del Trabajo Individual. Relaciones Individuales de la Actividad Privada".* Lima. Edial.

Rocella,M. – Treu,T. (1992): *"Diritto del Lavoro della Comunitá Europea".* CEDAM. Milani. Padova, 191-220

Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *XI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tema 2, Vol. I y II, Caracas, 1985, pp. 107 y ss.

SERVIR – MEF (2012): "*El servicio civil peruano"* (Antecedentes, marco normativo actual y desafíos para la reforma). Lima.

Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: XXIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2021): "Retos de los Sistemas de Legislación Laboral y Seguridad Social". Ponencias Oficiales: Pizzoferrato, Alberto: *"Transformaciones del Trabajo: Desafíos para el Derecho del Trabajo",* Sanguineti Raymond, Wilfredo: "La Construcción de un Nuevo Derecho Transnacional del Trabajo para las Cadenas Globales de Valor", y Fragale Filho, Roberto – Pamhidzai Bamu: *"Trabajadores atípicos e informales*". Lima. Perú.

NOTAS A LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVICIOS A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1°, 2°, 3° Y 5° Y DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y FINALES DE LA LEY N° 31131, LEY QUE ESTABLECE DISPOSICIONES PARA ERRADICAR LA DISCRIMINACIÓN EN LOS REGÍMENES LABORALES DEL SECTOR PÚBLICO: ¿EL FINAL DE UN PRINCIPIO?

"Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país"
Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23, numeral I, literal c)

Carlos Guillermo Morales Morante*

* Ex Presidente del Tribunal del Servicio Civil. Socio Principal de Morales Morante Abogados. Abogado con Estudios de Segunda Especialización y de Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Laboral de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de los Seminarios de Derecho Laboral, Procesal Laboral y de Empleo Público de la Universidad de Piura. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Consultor del Banco Mundial, PNUD, USAID, y de diversas entidades públicas y privadas. Ex Asesor de la Presidencia de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso Constituyente y del Congreso de la República. Miembro del Comité Consultivo de la revista Gestión Pública y Control.

I. Antecedentes

Como es sabido, el Tribunal Constitucional (en adelante "TC"), con fecha 30 de noviembre último, ha hecho público su pronunciamiento en relación a la inconstitucionalidad parcial de la Ley N° 31131[1], denominada "Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del Sector Público" (en adelante "la Ley").

Según dicha información, el pronunciamiento por mayoría, sería en el sentido de estimarse inconstitucionales los artículos 1°, 2°, 3° y 5°, así como sus Disposiciones Complementarias Finales "que disponían la incorporación de los trabajadores con Contrato Administrativo de Servicios (CAS) a los regímenes laborales de los Decretos Legislativos 276 y 728".

Asimismo, se indica que "en este fallo, el TC reitera su jurisprudencia expresada recientemente en la sentencia 11-2020-PI/TC, en la que, por unanimidad, declaró inconstitucional la Ley 31039, sobre ascenso automático, nombramiento y otros, del personal de salud".

Siguiendo dicho criterio, el TC habría considerado que la Ley bajo análisis "al ordenar la incorporación de los servidores del CAS a los [regímenes legales de los] decretos legislativos 276 y 728, es inconstitucional por infringir las disposiciones de la Constitución referidas a: la prohibición de los congresistas de crear o aumentar gastos (artículo 79°), el principio de equilibrio presupuestal (artículo 78°) y la competencia del Poder Ejecutivo para administrar la hacienda pública (artículo 118, inciso 17)"[2].

Sin embargo, en relación al tema del presente artículo, el TC habría considerado que:

1 Hasta la fecha de elaboración del presente artículo, no ha sido publicada la Sentencia del TC. Sólo ha sido emitido el comunicado del 30 de noviembre de 2021 de su Oficina de Imagen Institucional, al que estamos haciendo referencia por tratarse de la única fuente disponible de información sobre el tema que nos ocupa.

2 El párrafo tercero reafirma lo señalado, en el sentido que además de no coadyuvar la Ley a un tratamiento adecuado de la gestión de recursos humanos en la Administración Pública, tampoco habría tenido el respaldo del Poder Ejecutivo, que es el competente para diseñar y dirigir la política laboral pública, en ejercicio de su facultad de "dirigir la política general del Gobierno", conforme a lo dispuesto en el artículo 118, inciso 3, de la Constitución.

> *"La Ley 31131 sacrifica la meritocracia -que el TC, en su sentencia 00025-2005-PI/TC, entiende como un **principio basilar** del acceso a la función pública-, pues la incorporación de los trabajadores CAS a los regímenes de los decretos legislativos 276 o 728 [no] podría realizarse con un estándar menor al normalmente exigido para acceder al empleo en el Sector Público".*

En función de esta premisa, derivada de los criterios aplicados en forma previa por el TC en sendos pronunciamientos, corresponde analizar en qué situación jurídica quedaría el único extremo no afectado por vicio de inconstitucionalidad, que al no haber sido expulsado del ordenamiento jurídico, mantiene vigencia y efectos, que sería el artículo 4° de la Ley, que dispuso: "los contratos administrativos de servicios son de carácter indefinido, motivo por el cual [los trabajadores] pueden ser despedidos solo por causa justa debidamente comprobada (sic.)"[3], lo que implica que el legislador les habría reconocido la estabilidad en el trabajo, y con ello, sellado su destino, y el del régimen del servicio civil y su "principio basilar": **el principio de mérito**.

Interesa por ello, analizar la forma como se articulaba la norma del artículo 4° con los derogados artículos 1°, 2° y 3 de la Ley, que establecían las reglas que permitirían implementar lo señalado en el artículo 1° de la Ley, cuyo objetivo era "erradicar la discriminación en los regímenes laborales del Sector Público":

(i) Para estar comprendidos dentro del *mandato de incorporación* a los regímenes legales de los Decretos Legislativos 728 y 276, los trabajadores públicos debían desarrollar labores de naturaleza permanente en las entidades del Estado bajo el régimen legal del Decreto Legislativo 1057, y tener contrato CAS vigente al 10 de marzo de 2021[4];

(ii) Para que las labores sean consideradas de naturaleza permanente, debían cumplir las exigencias de tiempo mínimo del contrato CAS, que podrían extenderse de 2 a 3 años, dependiendo si se trataba de prestaciones continuas o discontinuas, si la modalidad de ingreso había

3 Es una inequívoca referencia al texto del artículo 48° de la Constitución de 1979, relativo a la estabilidad en el trabajo, que en su parte final señalaba que: "El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada".

4 La Ley N° 31131 se publicó el 9 de marzo de 2021, por lo que su entrada en vigencia fue el 10 de marzo de 2021.

sido mediante concurso público CAS, o como SNP, y posteriormente recontratado como CAS;

(iii) Finalmente, se contempló la aplicación progresiva del *mandato de incorporación* a los regímenes legales indicados, "respetando la disponibilidad presupuestal" de las entidades públicas", en un plazo no mayor a cinco (5) años, debiéndose tener en cuenta "el grupo ocupacional y nivel", en el caso del Decreto Legislativo 276, o "la clasificación laboral funcional de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público", según correspondiera al régimen laboral al que estuviera adscrita la entidad pública, fijándose un orden de prelación en función de la antigüedad del contrato, edad, cuota de discapacitados o de igualdad de género, según el caso.

II. Análisis

1. El "mandato de incorporación" a los regímenes legales de los Decretos Legislativos 728 y 276

A nuestro modo de ver, el efecto buscado por el legislador de la Ley N° 31131, era inequívocamente "cerrar" el régimen legal del Decreto Legislativo N° 1057[5], a través de la figura del *mandato de incorporación* de los trabajadores CAS a los regímenes legales del Decreto Legislativo 728, y en forma residual, al del Decreto Legislativo 276, como se puede apreciar de la redacción del artículo 1°, cuya primera parte señalaba que:

> *"El objeto de la presente ley es incorporar al régimen laboral del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a los trabajadores que desarrollan labores permanentes en las diversas entidades del Estado (…)"*

5 Vale recordar una experiencia anterior de "cierre" de un régimen legal, como el régimen "de cédula viva", Decreto Ley N° 20530, que a través del "efecto espejo", permitía reajustar automáticamente las pensiones de los cesantes con las remuneraciones del servidor en actividad, de igual categoría y nivel remunerativo. Para tal efecto, el Congreso implementó una reforma constitucional, mediante Ley N° 28389, y la complementó a través de su norma de desarrollo normativo, Ley N° 28449. Mediante la Ley N° 28389, modificó la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que recogía el principio de los derechos adquiridos en materia pensionaria, para sustituirlo por el principio de los hechos cumplidos, y poder eliminar el factor de reajuste automático, y sujetar las pensiones a topes fijados en función de las posibilidades de la economía nacional, determinados por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Para luego establecer que:

> *"En las entidades públicas, cuyo régimen laboral es exclusivamente el del Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, la citada incorporación se hace respecto a este régimen".*

En la base de esta opción legislativa, estaban las siguientes consideraciones:

Desde inicios de los noventa, con el proceso de privatización de las empresas públicas, el régimen que se aplicó en el Sector Público, predominantemente, fue el régimen laboral de la actividad privada.

Incluso entidades típicamente públicas, como el Congreso de la República y el Poder Judicial, organismos constitucionalmente autónomos como la Contraloría, el Banco Central de Reserva[6], entre otros, en sus leyes orgánicas optaban por el régimen laboral privado, al igual que los nacientes organismos reguladores de la inversión privada en diversos sectores (telecomunicaciones, energía y minas, transporte, agua y saneamiento, etc.).

Por ello, la opción del legislador de la Ley 31131 no fue casual: implicaba el acceso del trabajador CAS a un abanico más amplio de beneficios legales respecto del régimen del Decreto Legislativo 276, y claro está, del régimen legal del Decreto Legislativo 1057, como CTS y gratificaciones legales[7], -estas últimas con una base de cálculo notoriamente mayor- y en general, el acceso generalizado a todos los beneficios legales del régimen laboral privado.

Aunado a este cuadro, se debe adicionar el acceso potencial de los trabajadores CAS al derecho a la negociación colectiva bajo los alcances de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, en el ámbito de las entidades públicas sujetas al régimen laboral privado[8], a diferencia del sector público, en que se aplica la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal, en el que

6 Ver al respecto: Pasco, Mario, Trabajadores del Estado en Iberoamérica, Perú, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, pág. 281-2

7 Respecto de los aguinaldos por fiestas patrias y navidad, otorgados por montos fijados en la Ley del Presupuesto Público. El trabajador CAS no tiene derecho a CTS.

8 Es importante señalar que el Decreto Legislativo 1057, en su artículo 6°, literal i), reconoce a los trabajadores CAS el derecho a la libertad sindical, introducido por la Ley N° 29849.

los incrementos de remuneraciones deben sujetarse al principio de previsión y provisión presupuestal[9].

Con estos "incentivos", el legislador de la Ley 31131, dejaba entrever no sólo su inocultable preferencia por la incorporación de los trabajadores CAS al régimen laboral de la actividad privada, cerrando el régimen legal del CAS, sin proponer ninguna alternativa para su migración al régimen legal del servicio civil, buscando que dicha incorporación tenga carácter irreversible a través de las normas contenidas en los artículos 2° y 3° antes citados.

2. Requisitos para implementar el "mandato de incorporación"

Como se ha señalado, a fin de implementar la incorporación de los trabajadores CAS al régimen laboral del Decreto Legislativo 728, o subsidiariamente al Decreto Legislativo 276, la Ley establecía un conjunto de requisitos que hemos enumerado en el numeral anterior, por lo que procederemos a vincularlos dentro del esquema de "cierre" del régimen del Decreto Legislativo 1057, que tenía en mente el legislador de la Ley 31131.

Una primera apreciación de los requisitos exigidos en los literales a), b), c) y d) del artículo 2°, nos permite inferir que se vinculaban directamente a la declaración de los contratos CAS como "contratos de carácter indefinido", figura equivalente a la de "contrato a plazo indeterminado", regulada en el artículo 4° del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante D.S. N° 003-97-TR ("LPCL")[10].

En efecto, tanto la exigencia de que el trabajador CAS haya prestado desde el 10 de marzo de 2021, labores de naturaleza permanente, contar con contrato CAS vigente por 2 años continuos, o 3 de modo discontinuo, claramente apuntan en la misma dirección: que los trabajadores CAS al haber prestado labores ordi-

9 Ver artículo 3°, literal d) de la Ley N° 31188: "d) Principio de Previsión y Provisión Presupuestal: En virtud del cual todo acuerdo de negociación colectiva que tenga incidencia presupuestaria deberá considerar la disponibilidad presupuestaria. También nuestro artículo, Problemática de la regulación del contenido económico de la negociación colectiva del Sector Público, en: LABOREM N° 22, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2020, pág. 127 y ss.

10 *"**Artículo 4°. -** En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (…)".*

narias, durante los períodos señalados, coincidentes con la finalidad pública de la entidad, se les debería reconocer un vínculo contractual de duración indefinida.

El tercer requisito se vincularía al ingreso del trabajador CAS mediante concurso público, lo cual parecería un guiño de cumplimiento al principio de mérito, recogido en el artículo 3° del Reglamento del Decreto Legislativo 1057, y a la normatividad contenida en la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, y a la propia Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

Sin embargo, el párrafo *in fine*, nos vuelve a la realidad jurídica: se considera como excepción "haber tenido la condición de servicios no personales y [haber celebrado] posterior contrato administrativo de servicios"; es decir, la regla quedó relativizada, y apreciamos un primer rasgo de vulneración del principio de mérito, que, a nuestro juicio, debe haber motivado la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo en cuestión.

El último requisito previsto en el literal d) del artículo 2°, consideramos que va en la misma línea crítica: se comprende dentro del mandato de incorporación del artículo 1° de la Ley "a los trabajadores que hayan renunciado a un contrato CAS para asumir un contrato distinto en el ínterin de la vigencia de la presente norma se les reconoce los derechos que confiere la presente norma (…)".

A nuestro juicio, la única explicación sería una aplicación desmesurada del principio de irrenunciabilidad, a fin de comprender dentro de los beneficios de la Ley a trabajadores CAS que hubieran "renunciado a un contrato CAS"; pues, por principio, el acto de renuncia, para ser válido, presupone una declaración de voluntad unilateral y expresa del trabajador, y al surtir efectos, extingue el contrato de pleno derecho, como en efecto está regulado en el artículo 10° de la Ley[11].

Sostener lo contrario, sería asumir *a priori* la existencia de un vicio de la voluntad, que debiera ser materia de prueba en un proceso judicial, con las garantías del debido proceso para ambas partes; situación que pone en cuestión la objetividad del criterio para sustentar el mandato de incorporación de los trabajadores CAS al régimen laboral de la actividad privada, asomando nuevamente sombras de duda sobre la constitucionalidad del artículo bajo análisis.

11 Ver artículo 10° de la Ley sobre la renuncia como modo de extinción del contrato CAS.

Sin perjuicio de ello, pasemos a analizar el artículo 3° de la Ley, que establece las reglas para la aplicación progresiva del proceso de incorporación.

3. Reglas para la aplicación progresiva de la Ley

Complementando el análisis realizado líneas arriba, corresponde ocuparnos de las reglas que diseñó la Ley 31131, para implementar la incorporación de los trabajadores CAS a los regímenes legales 728 y 276.

Para este propósito, nos enfocaremos en analizar su vinculación con el esquema de cierre, sin entrar en detalles mayores, por exceder los alcances del presente artículo.

Como se aprecia de la lectura del artículo 3°, la Ley plantea la aplicación progresiva del proceso de incorporación de los trabajadores CAS a los regímenes legales referidos, derivando al Reglamento los aspectos operativos, señalando que todo ello se ejecutaría "respetando la disponibilidad presupuestaria de las entidades públicas"[12].

Conforme resulta evidente, esta última norma, contraviene el principio de equilibrio presupuestario, dado que comprometía recursos fiscales a futuro del Presupuesto Público, atendiendo al elevado número de trabajadores CAS comprendidos en el proceso de incorporación, que excederían los presupuestos de las entidades públicas, habida cuenta que se tendría que reconocerles los beneficios legales del régimen laboral privado, como hemos analizado, y, sólo en su defecto, los del régimen legal del Decreto Legislativo 276.

Para ello, el artículo 3° propone el sistema de equivalencias a aplicarse, olvidándose que en el régimen legal del Decreto Legislativo 728, no existe línea de carrera, por lo que éstas sólo serían aplicables en el régimen de carrera administrativa del Decreto Legislativo 276, en función al grupo ocupacional, y nivel alcanzado; o en su defecto, de acuerdo a la clasificación de servidores y

12 Como es evidente, esta parte de la norma también infringiría diversos principios presupuestarios de nivel normativo, como universalidad y unidad, de no afectación predeterminada, y de centralización normativa y descentralización operativa (Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Título Preliminar), además del principio constitucional de equilibrio presupuestario (art. 78°).

funcionarios prevista en la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público[13], en el caso de entidades públicas sujetas a este último régimen.

No obstante que el artículo 3° incide en la aplicación progresiva, en un periodo no mayor a 5 años, y su respeto a la disponibilidad presupuestaria, estimamos que esta disposición contraviene elementales principios presupuestales, al no prever ninguna fuente de financiamiento para su implementación, habida cuenta que en el análisis costo-beneficio, no se cumplió con indicar los recursos fiscales que permitirían atender dicho gasto.

Precisamente, el Tribunal Constitucional ("TC"), en la Sentencia recaída en el Exp. N° 0011-2020-PI/TC[14], declaró inconstitucional la Ley N° 31039, sobre ascenso automático, nombramiento del personal de salud, acogiendo la posición del Poder Ejecutivo, por cuanto:

> *"El proceso de ascenso automático excepcional por años de servicio (…) generará costos incrementales, debido a que las entidades a las que se refiere el artículo 2, no cuentan con los créditos presupuestarios para financiar las valorizaciones correspondientes al nuevo cargo, así como tampoco se han programado los recursos para financiar esta medida durante el Año Fiscal 2021 (…)*[15].

A partir de las premisas relevadas, corresponde abordar el tema central del presente artículo: la situación de los contratos CAS a partir de la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 3° de la Ley, y de la subsistencia de la norma del artículo 4°, que seguidamente analizamos.

III. Situación de los contratos CAS a partir de la Sentencia del TC

1. Desde el punto de vista jurídico

A nuestro juicio, el artículo 4° de la Ley constituía la piedra de toque para la incorporación de los trabajadores CAS a los regímenes legales de los Decretos Legislativos 728 y 276.

---

13 Ver artículo 4° de la referida Ley, que contempla una tipología de servidores y funcionarios públicos.

14 Denominada Caso de la ley de ascensos, nombramiento y beneficios para el personal de salud. Pleno Jurisdiccional del TC del 15 de diciembre de 2020.

15 Ver Fundamento Jurídico 114 de la Ejecutoria citada, basada en el informe N° 0976-2020-EF/04 del 26 de agosto de 2020.

En primer lugar, porque al establecer el carácter indefinido de la duración de los contratos CAS, y a renglón seguido, reconocerles estabilidad en el trabajo, los CAS no podían ser despedidos, sino "por causa justa debidamente comprobada", manteniendo sus contratos efectos "hasta que se produzca la incorporación a que se refiere el artículo 1 [de la Ley]".

En consecuencia, al devenir un imposible jurídico y material, el cumplimiento del mandato de incorporación a los regímenes legales de los Decretos Legislativos 728 y 276, por su declaración de inconstitucionalidad, los contratos CAS virtualmente habrían quedado prorrogados en sus efectos *sine die*, bajo las mismas condiciones en que estaban pactados (remuneraciones, condiciones de modo, tiempo y lugar, etc.), a la entrada en vigencia de la Ley 31131; es decir, 10 de marzo de 2021.

En consecuencia, permanece vigente el régimen legal del Decreto Legislativo 1057 y su Reglamento respecto de los contratos CAS en la situación descrita líneas arriba, con excepción del carácter indefinido de su duración, en aplicación del primer párrafo del artículo 4° de la Ley, que, asimismo, limita el despido a una "causa justa debidamente comprobada".

Sin embargo, es en el segundo párrafo del artículo 4° de la Ley, en el que se declara el cierre definitivo del régimen legal del CAS:

> *"A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, ninguna entidad del Estado podrá contratar personal a través del régimen especial de contratación administrativa de servicios (…)"*

En consecuencia, el esquema ideado por el legislador de la Ley 31131, quedaba completo: estabilidad laboral para los trabajadores CAS "en tránsito" a los regímenes legales de los Decretos Legislativos 728 y 276, en tanto durara su proceso de incorporación, a fin de garantizar la conservación de su contrato CAS, cuya aplicación progresiva se había previsto para un plazo no mayor de 5 años.

Únicamente quedaban exceptuados de la regla "las contrataciones que se encontra[ban] vigentes y que sean necesarias de renovar a efectos de no cortar (sic.) el vínculo laboral de los trabajadores con vínculo vigente, en tanto se ejecute lo dispuesto en el artículo 1 de la presente ley", así como los trabajadores CAS "que hayan sido contratados como CAS de confianza".

Con ello se pensaba que quedaba cerrado el régimen del Decreto Legislativo 1057, con la colocación de este último "candado" legal: la prohibición de nuevas contrataciones bajo el régimen CAS.

El efecto, paradójicamente, fue opuesto: al haber sido declarados inconstitucionales los artículos antes analizados, los trabajadores CAS están en un limbo jurídico, dado que al no poder ser incorporados a los regímenes de los Decretos Legislativos 728 y 276, permanecen dentro del Decreto Legislativo 1057, con excepción de la duración indefinida de sus contratos y estabilidad en el trabajo, bajo las mismas condiciones pactadas en su contrato vigente al 10 de marzo de 2021, y los beneficios previstos en el régimen legal del CAS.

En otras palabras, los trabajadores CAS están congelados en su *status* jurídico: por un lado, imposibilitados de trasladarse a otro régimen legal del Estado, como el régimen del Decreto Legislativo 276 o el régimen legal del servicio civil; y por el otro, al régimen laboral del Decreto Legislativo 728, por haber sido declaradas inconstitucionales las normas de la Ley 31131 que así lo habilitaban.

2. Necesidad de reconexión con el régimen legal del servicio civil

En nuestro concepto, la coexistencia entre el régimen legal CAS y el proceso de implementación del régimen legal del servicio civil, ha distado de ser pacífica y armoniosa, dado que ha reflejado las tensiones entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, especialmente en estos últimos tiempos de pandemia y extrema crispación política.

Recordemos que el régimen legal del servicio civil, se inicia el año 2008 con la creación de la Autoridad Nacional del Servicio Civil[16] y con la entrada en vigencia e implementación de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil ("LSC"), en el año 2013, con la clara intención de "establecer **un régimen** único **y exclusivo** para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado"[17].

Por otro lado, el régimen legal del Decreto Legislativo 1057, es creado en el año 2008, como régimen temporal de contratación administrativa de servicios

16 Decreto Legislativo N° 1023.

17 Ver Artículo I del Título Preliminar de la LSC.

(CAS), y posteriormente es modificado en el año 2012 por la Ley 29849, con el siguiente objetivo, plasmado en su artículo 1°:

> *"La presente Ley tiene por objeto* ***establecer la eliminación del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios,*** *regulado mediante el Decreto Legislativo 1057, en adelante Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057. La eliminación del referido régimen* ***se efectúa de manera progresiva*** *y de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley".*

Lo curioso es que, a partir de la lectura de esta última norma, surge un inevitable paralelo con la situación originada por la Ley 31131 y su inconstitucionalidad parcial: se planteaba la eliminación (¿o cierre?) del régimen legal del Decreto Legislativo 1057, en forma gradual (¿o progresiva?) a partir del año 2013 hasta la implementación del Régimen del Servicio Civil.

Al margen de estas coincidencias, y sin entrar al análisis de las múltiples y diversas causas que impidieron que pudiera implementarse en la práctica el "nuevo" régimen del servicio civil, existe un consenso general entre los diversos actores sociales y políticos, y gestores en políticas públicas y de recursos humanos, que la reforma del servicio civil en el Perú, se implementó sólo en un segmento muy reducido de entidades públicas.

Ello aunado al "ocio legislativo", y la incapacidad del Poder Ejecutivo de liderar una reforma del Estado, el régimen legal del CAS no obstante su carácter temporal y su inminente "eliminación" permaneció vigente[18], a la par que la implementación del régimen legal del servicio civil perdía impulso y dinamismo en cada nuevo gobierno, y lo que es más grave, legitimidad ciudadana, uno de sus objetivos centrales.

El otro, qué duda cabe, era el principio de mérito.

En palabras del TC:

18 A manera de referencia, SERVIR estima en 1´500,000 los trabajadores públicos, y los CAS sumarían alrededor del 22% de esta fuerza laboral; es decir, alrededor de 330,000 trabajadores, cifra superior a la consignada por el Procurador Público en un cuadro que presentamos más adelante, por ser la única fuente oficial sobre el número de trabajadores CAS en el Perú.

> *"(…) el acceso a la función pública no representativa* ***está regido por el principio de acceso por mérito a través de oposición****. En el Estado Constitucional de Derecho, tal como se halla configurado el Estado peruano,* ***es el principio basilar que ha de regir la regulación de las condiciones de acceso a la función pública****".*[19]

Reafirmando lo señalado, el TC agrega que:

> *"En resumen, el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial* ***el principio de mérito****, el cual vincula plenamente al Estado y toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador* ***a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito****; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas"*[20].

3. Desde el punto de vista económico y de política pública

Finalmente, es inevitable hacer referencia a la situación de los contratos CAS desde el punto de vista económico y de políticas públicas.

El TC tiene fijado como criterio vinculante, basado en el principio de independencia de poderes, que todo lo relacionado a la hacienda y finanzas públicas competen al Poder Ejecutivo -y no al Congreso- como responsable de dirigir la política general de la Nación, y bajo esa premisa, dentro de sus competencias, formula el presupuesto general de la República, en el que ingresos y gastos fiscales deben estar equilibrados:

> *"(…) dado que la ausencia de una coordinación previa con el Poder Ejecutivo, constituiría la omisión de un acto que, por imperio del artículo 79° de la Constitución, necesariamente debe formar parte del procedimiento legislativo que anteceda a la expedición [de una] ley.* ***Incurriría en una inconstitucionalidad de fondo, toda vez que el contenido de la ley, así expedida, será violatoria de la prohibición prevista en el artículo 79° de la Constitución,*** *es decir, de la prohibición que el Congreso tenga iniciativa en la generación de gasto público, salvo en lo que atañe a su propio presupuesto"*[21]

19 Ver Fundamento Jurídico 48, Ejecutoria del TC del 25 de abril de 2006, recaída en el Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.

20 Fundamento Jurídico 50.

21 Ver Fundamento Jurídico 25. Sentencia del TC, Exp. N° 0011-2020-PI/TC.

No en vano las alegaciones del Poder Ejecutivo, recogidas en la demanda de inconstitucionalidad promovida por el Procurador Público, han estado focalizadas en los efectos económicos del mandato de incorporación de los trabajadores CAS a los regímenes legales de los Decretos Legislativos 728 y 276.

Como se puede apreciar del escrito de demanda, el Ministerio de Economía y Finanzas, había estimado que los costos incrementales de la incorporación de trabajadores CAS a los regímenes legales referidos, demandaría la suma de S/ 3,637,105.756.50[22], lo que origina un serio desequilibrio en la estructura de ingresos y gastos del Presupuesto General, contrario al principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria, recogido en el artículo 78° de la Constitución.

Por otra parte, es igualmente relevante hacer referencia al número de trabajadores CAS, que como hemos analizado, habrían quedado en un limbo jurídico, viendo congelados sus beneficios legales y condiciones contractuales, sin ninguna posibilidad de hacer carrera pública, y lo que es peor, ninguna motivación para emprenderla, pues al haberles otorgado estabilidad en el trabajo, no tienen ningún incentivo para migrar a un régimen que se sustente en el principio de mérito, como el régimen legal del servicio civil.

Estas cifras pueden apreciarse en el cuadro siguiente, desagregado por entidades públicas en los tres niveles de gobierno (nacional, regional y local), y por algunas entidades públicas, incluyendo organismos constitucionalmente autónomos.

Cuadro N° 1
Distribución del Personal CAS en la Administración Pública
Ejercicio Fiscal 2021

Entidad Pública	Personal CAS	Porcentaje
Poder Ejecutivo	120,520	42,02 %
Gobiernos Regionales	70,398	24,54 %
Gobiernos Locales	70,339	24,52 %
Poder Judicial	9,233	3,21 %

22 Información recogida en el Informe N° 383-2021-EF/53.04 del 13 de abril de 2021, elaborado por la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Estado, numeral 2.66. Citado en la demanda de inconstitucionalidad, pág. 7.

Entidad Pública	Personal CAS	Porcentaje
Ministerio Público	9,174	3,19 %
Registro Nacional de Identidad y del Estado Civil	3,317	1,15 %
Contraloría General de la República	2,057	0,71 %
Congreso de la República	557	0,19 %
Defensoría del Pueblo	521	0,18 %
Oficina Nacional de Procesos Electorales	275	0,09 %
Junta Nacional de Justicia	154	0,05 %
Jurado Nacional de Elecciones	138	0,04 %
Tribunal Constitucional	114	0,03 %
Total	**286,797**	**100 %**

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas (Informe Nº 383-2021-EF/53.04, numeral 2.66).
Elaboración: Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional.

Como puede apreciarse, el 90% de los trabajadores CAS, se concentran en el ámbito del Gobierno Nacional, y de los Gobiernos Regionales y Locales, en los que se concentra los recursos presupuestales, y hacia donde debería orientarse cualquier reforma del Estado, por el impacto que irradia en la población, especialmente en las personas de menores ingresos o que se encuentran en el segmento de pobreza urbana y rural.

Visto así, queda claro que urge repensar el régimen del servicio civil, dado que la situación originada por la inconstitucionalidad parcial de la Ley 31131, ha dejado a un grueso sector de trabajadores del Sector Público en un limbo jurídico, manteniendo virtualmente "congelado" un régimen diseñado para el tránsito hacia el régimen legal del servicio civil.

En tanto persista esta situación de anomia y "ocio legislativo", y no existan iniciativas de revisión del proceso de reforma del servicio civil por parte de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Ministerio de Economía y Finanzas, asistiremos inevitablemente al final del principio de mérito y de cualquier posibilidad de contar con un servicio público de calidad en el Perú, sacrificando nuestro desarrollo futuro.

La pandemia nos dejó muchas lecciones. Quizás la más abrumadora fue que el Estado no respondió eficazmente a las demandas de la población, quedando en evidencia la absoluta precariedad de nuestra infraestructura de salud, así como de soporte social y económico, que colapsó a las pocas semanas del inicio de la pandemia[23].

De ahí que sea imperativo retomar el rumbo de la reforma, reconectando al personal CAS con un renovado régimen del servicio civil, especialmente dirigido a los jóvenes que quieran hacer carrera dentro del Estado, empeño que sólo verá los frutos cuando se logre reactivar la economía y superar la gravísima crisis sanitaria por la que estamos atravesando.

Los responsables de las políticas públicas tienen la palabra.

23 Una obra de imprescindible consulta sobre esta materia, es el libro publicado por Editorial Gaceta Jurídica, Buen Gobierno y mejor gestión: Cómo entender y fortalecer el estado en tiempos de pandemia, Juan Jiménez Mayor (Director), Lima, 2021, Gaceta Jurídica.

MODIFICACIONES EN EL CONTENIDO DEL DERECHO COLECTIVO

LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN TRÁMITE EN EL SECTOR PÚBLICO

Adolfo Ciudad Reynaud*

Luego de la promulgación de la Ley Nº 31188, Ley de negociación colectiva para el sector público, el 2 de mayo de 2021, se produjeron ciertas dudas sobre la ley aplicable a los procesos de negociación colectiva que se encontraban en trámite. Es el caso de las negociaciones colectivas que se iniciaron conforme a lo establecido por la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, y su Reglamento General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-2014-PCM. Estas normas fueron derogadas tácitamente por el Decreto de Urgencia Nº 014-2020, y posteriormente, la Ley Nº 31188 no incluyó en su texto un artículo que señale expresamente la forma cómo deberían ser resueltos los procedimientos en trámite antes de su promulgación, por lo que surgieron distintas interpretaciones sobre la ley aplicable a éstos.

En consecuencia, para resolverlos se deberá tener en consideración la línea de tiempo de los hechos acontecidos en las referidas negociaciones colectivas, así como la sucesión normativa producida en los últimos años, con el objeto de adoptar una decisión sobre la ley aplicable.

* Abogado y Magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú, estudios de post grado en la Universidad Autónoma de Madrid, profesor de pregrado y posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Especialista Principal en Legislación Laboral y Administración del Trabajo de la OIT. Ex Asesor Principal de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República. Ex Inspector de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Ex Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Fue distinguido con la condecoración de la Orden del Trabajo por el Estado peruano. Asesor de organizaciones sindicales y Director del Estudio Adolfo Ciudad Reynaud & Asociados.

Debe de tenerse en consideración que, tales negociaciones colectivas, además de haberse sustentado en la Ley del Servicio Civil y su reglamento, también lo hicieron en el marco constitucional del artículo 28º de la norma fundamental, del Convenio núm. 98, Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, ratificado el 13 de marzo de 1964 por nuestro país, y el Convenio núm. 151, Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, ratificado el 27 de octubre de 1980. No obstante, algunos artículos de la Ley Nº 30057 fueron declarados inconstitucionales por la sentencia del 26 de abril de 2016[1], Caso Ley del Servicio Civil, razón por la cual diversas restricciones a la negociación colectiva dejaron estar vigentes a partir del vencimiento de la *vacatio sententiae*, aunque el marco constitucional y los convenios internacionales de trabajo siempre estuvieron vigentes desde 1993 y desde sus ratificaciones por el Estado peruano en 1964 y 1980, respectivamente. Partiendo de esta línea de base es que debemos de analizar la sucesión normativa producida a partir del mes de enero de 2020.

I. El Decreto de Urgencia Nº 014-2020

El 23 de enero de 2020, se publicó sorpresivamente en el Diario Oficial, sin diálogo ni consulta con las organizaciones sindicales de trabajadores, el Decreto de Urgencia Nº 014-2020, que implicó en la práctica, entre otros aspectos, la paralización de todas las negociaciones colectivas en trámite al establecer una serie de prohibiciones para presentar pliegos de reclamos y negociar colectivamente. Ese fue el caso de las negociaciones de los cuatro años anteriores, si se había iniciado alguna negociación colectiva que haya incluido alguna condición económica (Tercera Disposición Complementaria Transitoria), lo que afectó a centenares de procedimientos en trámite, que actualmente continúan en su mayor parte sin solución. Nótese que para que opere esa prohibición sólo bastaba haber incluido alguna condición económica en la negociación colectiva de los cuatro años anteriores, independientemente si llegó a pactar o no. En efecto, la Tercera Disposición Complementaria Transitoria dispuso lo siguiente:

1 Varios de los artículos de la Ley Nº 30057 fueron expulsados del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional mediante sentencia del 26 de abril de 2016, recaída en el Expediente 025-2013/PI/TC; 0003-2014-PI/TC; 0008-2014-PI/TC; 0017-2014-PI/TC, así como diversos artículos del Reglamento General de la Ley 30057.

> "**TERCERA. - Presentación del pliego de reclamos durante el Año Fiscal 2020**
>
> Durante el el Año Fiscal 2020, únicamente pueden presentar su pliego de reclamos las organizaciones sindicales de las entidades del Sector Público que **no tengan o no hayan iniciado alguna negociación colectiva que incluya condiciones económicas durante los años 2016, 2017, 2018 y 2019**, teniendo en cuenta los tres (3) niveles de negociación colectiva." (el subrayado es nuestro)

De igual forma, el Decreto de Urgencia Nº 014-2020, dispuso la prohibición de negociar en el año anterior a las elecciones generales y regionales y municipales (artículo 5.2.). Como quiera que estaban previstas las elecciones generales para la presidencia y el congreso de la república para abril de 2021, así como las elecciones regionales y municipales para noviembre de 2022, tales prohibiciones impidieron negociar colectivamente con carácter general durante el año 2020 y también durante el año 2021, hasta que fue derogado dicho Decreto de Urgencia por la Ley Nº 31114, publicado el 23 de enero de 2021. En efecto, texto de dicho artículo fue redactado en los siguientes términos:

> "5.2 Los pliegos de reclamos se presentan cada dos (2) años, entre el 1 y el 30 de junio. No pueden presentarse en el año anterior a las elecciones que correspondan." (el subrayado es nuestro)

Adicionalmente, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria, primer párrafo, dispuso que todas las negociaciones colectivas y arbitrajes que se encuentren en proceso se adecuan a lo establecido al D.U. 014-2020.

> "**SEGUNDA. Tratamiento de negociación colectiva en curso**
>
> Las negociaciones colectivas y arbitrajes de índole laboral de entidades del Sector Público que se encuentren en proceso, **se adecúan a lo establecido en el presente Decreto de urgencia."** (el subrayado es nuestro)

Ello implicó en la práctica una nueva **prohibición general de negociación colectiva**, en la medida que todos los procesos de negociación colectiva en trámite del sector estatal no podían proseguir al establecerse la prohibición de negociarse colectivamente durante los años 2020 y 2021 por la realización de elecciones generales y regionales, respectivamente, además de la prohibición de negociar colectivamente si en las negociaciones de los cuatro años anteriores, se

había iniciado alguna negociación colectiva que haya incluido alguna condición económica (Tercera Disposición Complementaria Transitoria).

II. El principio de irretroactividad de la ley

La referida Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.U. 014-2020 dispuso la adecuación inmediata de todos los procedimientos en trámite a las nuevas reglas que no estuvieron vigentes al iniciarse los mismos. El artículo 103º de la Constitución Política prescribe, que 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.** Ello implica que la ley no puede regir hacia el pasado, ni puede aplicarse ni tener efectos retroactivos, pero, además, en materia procesal debe de tenerse en cuenta que el artículo 139º, inciso 3, de la Constitución Política, establece también la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, así como que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, **"ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, […]".**

En consecuencia, si bien el artículo 103º de la Constitución establece el principio de eficacia inmediata de las leyes, éste debe ser modulado en lo que respecta al derecho procesal, por cuanto debe también tenerse en cuenta el derecho previsto en el artículo 139º, inciso 3, que establece que es parte del derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional, la garantía de no ser "sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos". Así lo ha ratificado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que señala que la aplicación de la ley en el tiempo se rige, de manera general, por el principio *tempus regis actum*, pero que éste debe ser morigerado por la garantía normativa que prescribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley. En otros términos, no es posible cambiar el procedimiento de negociación colectiva para someterlo a un procedimiento distinto de los previamente establecidos, tal como lo ordenó la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto de Urgencia 014-2020. Ello implicaría cambiar las reglas de procedimiento de negociaciones colectivas que se han iniciado bajo el imperio de otras normas diferentes. El Tribunal Constitucional se ha referido a este tema en los siguientes términos:

> "[…] el problema de la ley aplicable en el tiempo en normas […] ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, **pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley,** proclamado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, […] no debe aplicarse" (Expediente Nº 1593-2003-HC/TC, fundamento jurídico 9).

La misma sentencia enfatiza más adelante la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ya adoptada en casos precedentes, en el sentido de no ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos, así como que "las normas con las que se inició un determinado procedimiento no sean alteradas o modificadas con posterioridad por otra. En tal virtud, señala el Tribunal, que "iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regula, no debe ser inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución garantiza que nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos". Así lo señala en forma inequívoca los fundamentos jurídicos 11 y 12 de la sentencia recaída en el Expediente Nº 1593-2003-HC/TC:

> "11. […] En ese sentido, el problema de la ley aplicable en el tiempo ha de resolverse, prima facie, a la luz del principio de **eficacia inmediata** de las leyes, con las modulaciones que éste pueda tener como consecuencia del contenido constitucionalmente protegido del derecho **"a no ser sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos**", al que se refiere el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.
>
> 12. Sobre el particular, en la STC N.° 2928-2002-AA/TC, este Colegio destacó que el derecho al procedimiento preestablecido en la ley no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea éste administrativo o jurisdiccional, sino que **las normas con las que se inició un determinado procedimiento, "no sean alteradas o modificadas con posterioridad" por otra**. De esta manera, **iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba, no debe ser la inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución garantiza que "nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos".** (Expediente Nº 1593-2003-HC/TC, fundamentos jurídicos 11 y 12).

A pesar de la doctrina constitucional antes indicada, tuvo efectos retroactivos la Disposición Complementaria Transitoria Segunda, del Decreto de Urgencia 014-2020, al haber dispuesto que se aplica a las negociaciones colectivas y arbitrajes de índole laboral de las entidades del Sector Público que se encuentren en proceso, y en consecuencia, iniciados y en trámite durante los años 2019, 2018, 2017, 2016, así como todos los años anteriores todavía no resueltos. Esa disposición complementaria dispuso, en afectación al derecho al debido proceso, que los procedimientos de las negociaciones colectivas en trámite de años anteriores, que se iniciaron bajo las normas establecidas en la Ley 30057 y en su reglamento general, aprobado por Decreto Supremo 040-2014-PCM, que no contenían las citadas prohibiciones. Esas negociaciones colectivas en trámite están legitimadas por la Constitución, el Convenio 98 y el Convenio 151 de la OIT, la referida Ley 30057 y su reglamento, aplicados conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional mediante sentencia del 26 de abril de 2016.

En tal virtud, a los procedimientos en trámite no se les hubiera podido aplicar las normas del D.U. 014-2020, toda vez hubieran quedado paralizadas y sin resolverse, por aplicación de la prohibición de presentar pliegos de reclamos y negociar "en el año anterior a las elecciones que correspondan." De esta forma, el referido D.U. tuvo "efectos retroactivos" en la medida que dejó en suspenso el derecho de negociación colectiva que sí se podía ejercer antes del 23 de enero de 2020, fecha de expedición de tal decreto, a pesar de que se refieran a períodos de vigencia de los convenios o laudos anteriores a su expedición. Así, el D.U. 014-2020 **tuvo "fuerza y efectos retroactivos"**, pues afectó a situaciones jurídicas producidas antes de su vigencia y no respetó el mandato de que "ninguna persona puede ser […] sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos", que señal nuestra Constitución como una de las garantías de la función jurisdiccional.

Por estas razones, cuando se dicta una norma en materia procesal, siempre se tiene cuidado de señalar que los procedimientos en trámite culminarán con la norma anterior, o que quedan vigentes determinadas instituciones de esta, más aún si están de por medio derechos fundamentales en materia de trabajo, como la libertad sindical y la negociación colectiva. Así lo hizo la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, publicada el 15 de enero de 2010, en cuya disposición Complementaria Tercera se dispuso lo siguiente:

> "Tercera**.- Los procesos iniciados antes de la vigencia de esta Ley continúan su trámite según las normas procesales con las cuales se iniciaron."**

En igual sentido, el Código Procesal Civil, en su disposición complementaria segunda, y el Código Procesal Constitucional, en su disposición final segunda, han cuidado de señalar que a pesar de que sus normas procesales son de aplicación inmediata, continuarán rigiéndose por la norma anterior diversas instituciones de la normativa anterior, como las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

El referido Decreto de Urgencia 014-2020 fue derogado por la Ley Nº 31114, publicada en el Diario Oficial el 23 de enero de 2021, aprobada por insistencia por el Congreso de la República, en la medida que la autógrafa fue observada por el Poder Ejecutivo. No obstante, por aplicación del artículo I del Título Preliminar del Código Civil, se produjo una derogación tácita por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior, por lo que la normativa sobre negociación colectiva de la Ley del Servicio Civil y su reglamento general ya no resultan aplicables para resolver los procesos en trámite de negociación colectiva.

III. Derogatoria del D.U. 014-2020 por la Ley Nº 31114

Con posterioridad a la publicación de la Ley Nº 31114, el 2 de febrero de 2021 el Tribunal Constitucional publicó una razón de relatoría respecto de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el D.U. 014-2020 por el Colegio de Tecnólogos Médicos del Perú y otros, dando cuenta que tres de los siete magistrados (Ferrero, Sardón y Espinosa-Saldaña) votaron por la improcedencia de la demanda por sustracción de materia en la medida que el referido D.U. había sido derogado por la Ley Nº 31114, dos votaron por declarar fundada la demanda en todos sus extremos (Miranda y Blume), y dos magistrados votaron por declarar fundada en parte la demanda (Ledesma y Ramos). En tal virtud, al no haberse alcanzado los cinco votos conformes para declarar la inconstitucionalidad del D.U. impugnado, correspondió declarar infundada la demanda, en aplicación del artículo 5, primer y segundo párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En consecuencia, la declaración de infundada la demanda no obedeció a razones de fondo dando validez cons-

titucional al D.U. 014-2020, por lo que tal sentencia no tiene consecuencias jurídicas para resolver los procesos en trámite.

Sin embargo, el Estado peruano continúo resistiéndose a cumplir con la sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2016, a través de la publicación en el Diario Oficial El Peruano, el 5 de febrero de 2021, del Comunicado Nº 001-2021-EF/53.01 de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos, del Viceministerio de Haciendo del Ministerio de Economía y Finanzas. Se sostuvo que el derecho de negociación colectiva es un derecho de configuración legal por lo que resulta necesario que este sea desarrollado mediante una norma con rango de ley, y que el Tribunal Constitucional ha declarado infundada la demanda de inconstitucionalidad en contra del D.U. 014-2020. En tal virtud, se afirmó, que la derogación del Decreto de Urgencia implica un vacío normativo, por lo que "los procesos de negociación colectiva y arbitrajes laborales en curso quedan en suspenso, estando impedidos los funcionarios -o los que hagan sus veces de ejercer la representación del Estado en cada proceso, bajo responsabilidad funcional, administrativa, civil y/o penal que corresponda- comprometer o disponer el uso de recursos públicos." No obstante, un comunicado emitido por el Viceministerio de Hacienda tampoco tiene consecuencia ni relevancia jurídica alguna para la solución de las negociaciones colectivas en trámite, en la medida que a esa fecha no existía ninguna norma jurídica de rango legal vigente que prohíba o suspenda los procesos de negociación colectiva en el sector público, como lo sostuvo dicho comunicado. Como se sabe, un comunicado sólo refleja la opinión del funcionario que lo suscribe, pero no produce ningún efecto jurídico por no estar dispuesto por ninguna norma legal prevista en el ordenamiento jurídico del país.

La actitud renuente del Estado en contra de la negociación colectiva continuó con la expedición del Informe Técnico 0448-2021-SERVIR-GPGSC, de 31 de marzo de 2021, suscrito por la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil, que sin tener carácter vinculante, se sostuvo que no existe un marco legal habilitante para la negociación de condiciones económicas en el sector público por la prohibición dispuesta por la Ley de presupuesto del Sector Público del 2021, que impide el reajuste e incremento remunerativo, así como la aprobación de nuevas compensaciones económicas o beneficios. De otra parte, sostuvo que aún se mantiene pendiente la obligación impuesta por el Tribunal Constitucional referida a la emisión de una norma específica que regule la negociación

colectiva en el sector público que concilie el derecho de los trabajadores con los principios presupuestales. No obstante, un Informe Técnico de SERVIR sólo expresa la opinión del funcionario que lo suscribe y que no tiene consecuencias jurídicas paralas negociaciones colectivas en trámite.

IV. La promulgación de la Ley Nº 31188

Posteriormente, con fecha 2 de mayo de 2021, se publicó en el Diario Oficial la Ley Nº 31188, Ley de negociación colectiva en el sector estatal, cuya constitucionalidad ya no se discute luego de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proceso de inconstitucionalidad iniciado por el Poder Ejecutivo que presidió Francisco Sagasti. Esta norma, si bien legisla sobre la materia en forma integral y de manera exhaustiva, no contiene disposiciones complementarias o transitorias que regulen la situación de los procedimientos en trámite que quedaron abiertos o sin solución al momento de expedirse el D.U. 014-2020, derogado un año después de su publicación. La posición del Poder Ejecutivo de la administración del Gobierno de Transición, del señor Sagasti, que cesó el 28 de julio de 2021, se continuó expresando en la misma línea que el Comunicado Nº 001-2021-EF/53.01, de fecha 5 de febrero de 2021, de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos, del Viceministerio de Haciendo del Ministerio de Economía y Finanzas, y del Informe Técnico 0448-2021-SERVIR-GPGSC, de 31 de marzo de 2021, suscrito por la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil. En efecto, con fecha 8 de junio de 2021 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución de Presidencia Ejecutiva Nº 088-2021-SERVIR-PE, que formaliza el acuerdo de Consejo Directivo adoptado como opinión vinculante el Informe Técnico Nº 1108-2021-SERVIR-GPGSC, sobre la aplicación y alcances de la Ley Nº 31188, Ley de Negociación colectiva en el Sector Estatal.

V. Informe Técnico Nº 1108-2021-SERVIR

La posición asumida por SERVIR, a través del Informe Técnico Nº 1108-2021-SERVIR-GPGSC, es la de desconocer el derecho de negociación colectiva de los trabajadores que se han visto afectados por la paralización de sus procedimientos, a través de establecer las siguientes dos reglas sin sustento legal en ninguna norma:

> "Los pliegos de reclamos que dieron origen a los procedimientos de negociación en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la Ley Nº 31188 **deberán ser presentados nuevamente a partir del 1 de noviembre de 2021** para su trámite correspondiente bajo la nueva estructura, procedimiento de negociación y plazos previsto en la Ley Nº 31188."
>
> […]
>
> "Dado que la Ley Nº 31188 establece una estructura de negociación, reglas y plazos distintos a las normativas anteriores sobre negociación colectiva en el sector público, **estos procedimientos deberán reconducirse conforme a las reglas escritas en la citada ley, por lo que aquellos pliegos de reclamos que dieron origen a los procedimientos de negociación en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la Ley Nº 31188 deberán ser presentados nuevamente a partir del 1 de noviembre de 2021** para su trámite correspondiente bajo la nueva estructura, procedimiento de negociación y plazos previsto en la Ley Nº 31188, con prescindencia del etapa en la cual se encuentre el respectivo."

Estas reglas implican en la práctica, para las negociaciones colectivas en trámite, cuyas etapas de negociación directa, conciliación y arbitraje se desarrollaron bajo las normas de la Ley del Servicio Civil, que por efecto de las nuevas prohibiciones a las que hemos aludido precedentemente, ahora ya derogadas, queden sin solución, queden abiertas, a pesar de tratarse de un derecho fundamental de carácter mundial. Esto significaría que los trabajadores comprendidas en tales negociaciones no gozarían de ningún tipo de reajuste de sus remuneraciones, a pesar de la obligación de fomento de la negociación colectiva contenida en el artículo 28 de la Constitución Política y en los Convenios 98 y 151 de la OIT.

Debe tenerse presente que el citado Informe Técnico Nº 01108-2021-SERVIR-GPGSC (en adelante, el Informe SERVIR), no tiene rango legal, ni reglamentario, por lo que carece de obligatoriedad, se trata de una opinión administrativa de SERVIR, por lo que, las Entidades Públicas, en cumplimiento de la Constitución, podrían apartarse de dicha opinión administrativa.

En efecto, el artículo 51º de la Constitución Política señala que "la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente." Por lo que si la Ley Nº 31188 no ha dispuesto que los procedimientos en trámite deban de reconducirse para su presentación a partir del 1º de noviembre de 2021, un informe técnico de SERVIR no puede disponer que esos procedimientos queden abiertos y sin solución, por cuanto

el artículo 1º de dicha ley señala que "tiene por objeto regular el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales de trabajadores estatales, de conformidad con lo establecido por el artículo 28 de la Constitución Política del Perú y lo señalado por el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo."

Un Informe Técnico de SERVIR, que ni siquiera tiene la jerarquía normativa de un reglamento y que, por tanto, no está firmado por el Presidente de la República ni por ningún Ministro de Estado, no puede disponer que los procedimientos en trámite queden sin solución, ya que ello implica aplicar la prohibición de negociación colectiva durante los años 2020, 2021 y 2022, que impuso el derogado D.U. 014-2020. Todas las normas, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, deben ser aplicadas e interpretadas a la luz de la Constitución y el bloque de Constitucionalidad, que ejercen un poder de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico. Por esta razón, la Ley Nº 31188 tiene que ser aplicada conforme lo señala la **obligación de fomento de la negociación colectiva** que ordena el artículo 28 de la Constitución Política, así como conforme el principio de negociación libre y voluntaria que establece el Convenio 98, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 y el Convenio 151, Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, ambos de la OIT.

En efecto, el artículo 4 del Convenio 98, que forma parte de nuestro derecho interno conforme lo precisa el artículo 55 de la Constitución Política, señala que: "Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando sea necesario, para **estimular y fomentar** entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, **el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria,** con el objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo." En igual sentido, el Convenio 151, establece que "deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para **estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación** entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permiten a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones."

¿El referido Informe de SERVIR fomenta o limita la negociación colectiva? La respuesta es obvia, en la medida que elabora reglas restrictivas a la negociación colectiva de los trabajadores del Estado, que no están en ninguna parte de la Ley Nº 31188 y en ninguna otra ley vigente en el país, sin estar facultado para ello, y además, en directa contravención a la obligación de fomento de la negociación colectiva. De otra parte, conforme lo dispone el artículo 118, numeral 8, de la Constitución Política, el Presidente de la República tiene la potestad de reglamentar las leyes, pero **sin transgredirlas ni desnaturalizarlas**; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones. ¿Se cumple con esta disposición constitucional? Otra vez la respuesta es evidente. El Informe de SERVIR no cumple con tales preceptos, pues trasgrede y desnaturaliza por completo el derecho de negociación colectiva.

El referido Informe SERVIR está errado desde los presupuestos de hecho que cita como sucesión normativa en la medida que hace un recuento de las normas aplicables sobre negociación colectiva a partir de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, señalando erróneamente que rigió ininterrumpidamente desde el 5 de julio de 2013 hasta el 23 de enero de 2020, fecha de publicación del Decreto de Urgencia 014-2020. Sin embargo, incurre en manifiesto error al no mencionar en su recuento la Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2016, que expulsó del ordenamiento jurídico diversas normas de la Ley 30057 y de su reglamento, que prohibían la negociación colectiva de remuneraciones. En efecto, tales normas inconstitucionales han quedado expulsadas de nuestro ordenamiento jurídico, conforme lo ordena el artículo 204º de la Constitución que señala que: "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto." El segundo párrafo de tal artículo aclara que la sentencia no tiene efecto retroactivo, pero queda claro que sí tiene efectos a partir del día siguiente de su publicación. En la medida que la referida sentencia tuvo también una *vacatio sententiae*, esta sentencia en el peor de los casos rigió plenamente desde el 27 de julio de 2017. En consecuencia, no es cierto que la Ley 30057 haya continuado rigiendo en sus normas que prohibían la negociación colectiva de remuneraciones de los trabajadores del Estado hasta el 23 de enero de 2020.

El Informe de SERVIR señala, por otra parte, que desde el 23 de enero de 2020 existió un vacío normativo y que se encontraba expresamente prohibido

negociar colectivamente por la prohibición de la Ley de Presupuesto del Sector Público. Esta opinión no se ajusta a la realidad pues expresamente desconoce, la otra sentencia relevante del Tribunal Constitucional en materia de negociación colectiva de los trabajadores del estado. Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de setiembre de 2015, Caso Ley de Presupuesto Público, que declaró inconstitucional "la prohibición de negociación colectiva para incrementos salariales de los trabajadores de la administración pública".

En consecuencia, una vez que se publicó la Ley Nº 31114, el 23 de enero de 2021, que derogó el Decreto de Urgencia 014-2020, que a su vez derogó tácitamente las normas del Capítulo II, de la Negociación Colectiva, del Título V, de los Derechos Colectivos, del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, debió aplicarse el Artículo 40º de la Ley del Servicio Civil, Ley Nº 30057, que señaló que "Los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú. […] **Se aplica supletoriamente lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo**, aprobado mediante Decreto Supremo 010-2003-TR, en lo que no se oponga a lo establecido en la presente Ley." Este artículo 40º se encontraba vigente luego de la derogatoria tácita del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, en la medida que no fue modificado ni derogado por el D.U. 014-2020.

VI. La naturaleza hermenéutica del Derecho

Además, la propia Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, según su TUO aprobado por Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, admite su posible aplicación a los trabajadores de las entidades del Estado, en los siguientes términos:

> "Artículo 1.- La presente norma se aplica a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada que prestan servicios para empleadores privados.
>
> Los **trabajadores de las entidades del Estado** y de las empresas pertenecientes al ámbito de la actividad empresarial del Estado, sujetos al régimen de la actividad privada, quedan comprendidos en las estas últimas no se opongan a las normas específicas que limiten los beneficios en el previstos."

Esta norma, que se encuentra plenamente vigente desde hace varias décadas, ya estableció la posibilidad de la aplicación de la normativa sobre negociación

colectiva a los trabajadores de las entidades del Estado, justamente por la identidad existente de ese derecho tanto en el sector público como en el sector privado. Esta norma prevalece aunque el artículo 40º de la Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil, ha sido derogado por la Única Disposición Complementaria de la Ley 31188, que señalaba expresamente que "Se aplica supletoriamente lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo 010-2003-TR, en lo que no se oponga a lo establecido en la presente ley."

Además, debe de tenerse en cuenta que, en todo sistema jurídico, sobre todo en materia de derechos fundamentales en el trabajo, como es la negociación colectiva, la ausencia de ley específica no implica que deje de existir tal derecho fundamental, sino que deben aplicarse las reglas de supletoriedad. El derecho es de naturaleza hermenéutica, por lo que ante cualquier vacío se tiene que resolver a través de la aplicación supletoria, que es una forma de solución normativa. En esa medida, los procedimientos de negociación colectiva en trámite deberían resolverse aplicando las normas que resulten aplicables de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

En efecto, siendo el derecho hermenéutico, cualquier vacío debe tener una solución jurídica, como lo señala la Constitución Política, artículo 139, numeral 8, que establece el **principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley**. De igual forma, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil que señala que **los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, y que en tales casos deben aplicar los principios generales del derecho** y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano. Así también lo prescribe el Código Procesal Civil, artículo III del Título Preliminar, que señala que en caso de vacío o defecto de la ley se debe recurrir a los principios generales del derecho, a la doctrina y jurisprudencia.

En consecuencia, los efectos de la línea de tiempo de la sucesión normativa que ha existido en materia de negociación colectiva en los últimos años determinan que los petitorios colectivos de los procedimientos en trámite han tenido sustento en nuestra Constitución Política, en los Convenios Internacionales de Trabajo 98 y 151, así como en el artículo 40º de la Ley del Servicio Civil, que dispuso la aplicación supletoria de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Posteriormente, la Ley 31188, publicada el 2 de mayo de 2021, reafirma el derecho de negociación colectiva de los trabajadores estatales conforme ya lo tenía dispuesto el artículo 28º de la Constitución y los referidos tratados internacionales, así como las sentencias del Tribunal Constitucional del 3 de setiembre de 2015, Caso Ley de Presupuesto Público, como la del 26 de abril de 2016, Caso Ley del Servicio Civil. Y además de esa reafirmación, en todo el texto de la Ley 31188 no existe disposición alguna que prohíba que las negociaciones en trámite se resuelvan conforme a la normativa que resulte aplicable, en la medida que un derecho fundamental no puede dejar de ejercerse por un vacío del derecho.

Sin embargo, la derogatoria del artículo 40 de la Ley Nº 30057, efectuada por la Ley Nº 31188, no implica que no sea posible resolver las negociaciones colectivas en trámite que se iniciaron con sustento constitucional, de los convenios internacionales de trabajo y de la legislación vigente durante todas las etapas de la negociación. En tal virtud, tales negociaciones en trámite deberían resolverse con la citada Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, en base al principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

En base a este principio, las propias partes de los procedimientos en trámite, o la jurisdicción arbitral, como jurisdicción especial admitida por el artículo 139, numeral 1 de la Constitución, están dotadas de las atribuciones necesarias para integrar el Derecho frente a las lagunas o vacíos que éste pueda presentar, a pesar de lo ya señalado sobre el artículo 1º de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que admiten su aplicación para los trabajadores de las entidades del Estado. En ese sentido, debe tenerse presente que conforme lo señala la más autorizada doctrina:

> "La laguna de derecho puede ser definida como aquel suceso para el que **no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico**. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la Laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir también que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista para el mismo supuesto. […]"[2]

2 Rubio Correa, Marcial, **El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho**, Undécima edición, aumentada. Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, pág. 261.

En consecuencia, estaremos frente a la existencia de una laguna de derecho:

> "[…] cuando el caso que carece de norma tiene una racionalidad sustantivamente igual a la de otro sí normado, aun cuando ambos son fenoménicamente distintos. Es decir que siendo hechos diferentes en sus apariencias, **tienen una esencia común** o una lógica encadenada. Ello nos lleva a la analogía y a la *ratio legis* que la sustenta."[3]

Este es el caso de la negociación colectiva en el sector público y la negociación colectiva en el sector privado que, tienen el mismo origen constitucional en el artículo 28 de la Carta Fundamental y en los Convenios 98 y 151 de la OIT, en el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, en la obligación de su fomento y en la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Sin embargo, también es cierto que la negociación colectiva en el Estado tiene ciertas connotaciones especiales en la medida que el producto negocial se financia con cargo al presupuesto público que tiene la obligación de considerar las necesidades de todos los ciudadanos. Esto nos lleva a afirmar que la negociación colectiva en el sector público y la negociación colectiva en el sector privado tienen una racionalidad sustantivamente igual, aunque sean fenoménicamente distintos. Esta racionalidad sustantivamente igual proviene también del origen común que ambas negociaciones, privada y pública, en el artículo 28º de la Constitución Política, el 4º del Convenio núm. 98 y el artículo 7º del Convenio núm. 151 de la OIT que obligan al Estado peruano a adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales, entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos, para estimular y fomentar el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la analogía es un método de integración jurídica "mediante la cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia."[4] Esa semejanza está dada porque la Ley de Relaciones Colectivas regula el derecho de negociación colectiva, con el mismo objeto que en el sector público, para lograr el producto negocial denominado

3 Ibídem, pág. 262 y 263.

4 Ibídem, pág. 264.

convención colectiva que es definido por su artículo 41º en similares términos que para el sector público, como el:

> "[…] acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores."

En términos casi idénticos, los artículos 68º y 69º del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, han asignado al convenio colectivo iguales características, además que ambas normas establecen las mismas etapas para su solución: negociación directa, conciliación y arbitraje. En consecuencia, con las diferencias anotadas respecto del origen del financiamiento, la negociación en el sector privado y público son esencialmente iguales, resulta razonable acoger en parte la normativa de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para sustentar la solución directa por las partes, o en su caso, por laudo arbitral, en particular los artículo 61º y siguientes, que establecen que, si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, podrán las partes someterla a arbitraje. Debe llamarse la atención que el artículo 74º del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil también establecía que "De no llegarse a un acuerdo en la etapa de conciliación, cualquiera de las partes podrá requerir el inicio de un proceso arbitral potestativo que formará parte del proceso de negociación colectiva salvo que los trabajadores decidan irse a la huelga." La *ratio legis* de ambos ordenamientos es el mismo, ya que podemos advertir la semejanza esencial entre los rasgos esenciales de ambos ordenamientos, destinados, finalmente, a encauzar los conflictos de revisión de derechos y proponder a su solución pacífica, conforme al mandato del artículo 28º, numeral 2, segundo párrafo de la Constitución Política.

En definitiva, la materialización concreta de la aplicación analógica de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para la solución de los presentes actuados, se fundamenta en el argumento ***a pari*** cuyo significado es "**Donde hay la misma razón hay el mismo derecho"**. Si en la negociación colectiva del sector privado es posible resolver los conflictos de revisión a través del arbitraje, al igual como también fue posible hacerlo en las negociaciones colectivas del sector público,

siendo sustantivamente semejantes, no existe impedimento para que las propias partes o un tribunal arbitral resuelvan el fondo de la controversia, en ausencia de una norma expresa que lo señale. Se trata de resolver una deficiencia o vacío de la legislación producto de la forma como se emitió, sin consulta previa, el Decreto de Urgencia 014-2020, así como su derogación por la Ley 31114, y de la posterior aprobación por insistencia de la autógrafa observada por el Poder Ejecutivo en diciembre de 2018. Este argumento *a pari* nos permite aplicar la misma consecuencia de solucionar este diferendo a través del arbitraje a un supuesto distinto, la negociación en el sector público, que -como se ha señalado- es sustancialmente semejante, evitando dejar si solución una negociación colectiva sustentada en un derecho fundamental protegido con el más alto rango de jerarquía normativa.

Una solución de esta naturaleza tiene en consideración que la negociación colectiva, juntamente con la libertad sindical, **es uno de cuatro principios y derechos fundamentales en el trabajo**, conforme lo señala la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo de junio de 1998. En efecto, la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT de 1998 establece que todos los Miembros de la OIT, por el simple hecho de su pertenencia, han aceptado los derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos de la organización. Esos principios y derechos han sido desarrollados por convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la OIT, por lo que, mediante tal Declaración, acuerdan que, incluso, aun cuando no hayan ratificado dichos convenios, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la OIT, de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a, entre otros, la libertad sindical y el **reconocimiento efectivo de negociación colectiva**.

En definitiva, los principios y derechos fundamentales en el trabajo forman parte de las reglas del ***"ius cogens"*** internacional pues se tratan de principios que salvaguardan valores de importancia vital para la humanidad y que corresponden a principios morales fundamentales. En efecto, los principios y derechos fundamentales en el trabajo, y en especial el derecho de igualdad y no discriminación, reúnen los caracteres esenciales del ius cogens, por las siguientes razones: (i) son normas aceptadas y reconocidas por la Comunidad de Estados en su conjunto;

(ii) son normas imperativas, es decir, no admiten pacto en contrario; (iii) sólo puede ser modificada por otra norma de la misma jerarquía y fuerza vinculante; (iv) es una norma que pertenece al Derecho Internacional general, en tanto es aplicable a todos los Estados que componen la Comunidad Internacional; (v) su violación por un Estado afecta a todos los demás; y, (vi) las disposiciones contrarias al ***ius cogens*** son nulas o terminan.

VII. La no aplicación de la Ley Nº 31118

Finalmente, debe indicarse que los procedimientos de negociación colectiva en trámite no podrían resolverse aplicando la Ley Nº 31188, publicada el 2 de mayo de 2021, por las mismas razones ya señaladas anteriormente, en lo que respecta al principio de irretroactividad de las leyes ni por la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional, en lo que respecta a que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos. Ambos principios, como ya se señaló, están previstos en los artículos 103º y 139º, inciso 3, de la Constitución Política. Por estas razones, no podría aplicarse la Ley Nº 31188, para la solución de los procedimientos de negociación colectiva en trámite. Como se indicó, el principio de eficacia inmediata de las leyes debe ser modulado en lo que respecta al derecho procesal, por la necesaria garantía de no ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos. Algunos operadores jurídicos en forma equivocada sostienen que los procedimientos en trámite deberían ser resueltos con la Ley Nº 31188, sin reparar que ello implica otorgarle efectos retroactivos y someter a las partes negociales a un procedimiento no establecido al momento de presentar el petitorio colectivo que dio inicio a la negociación colectiva en trámite.

PLANTEAMIENTOS PARA UN FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

PROPUESTAS PARA EL FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DE TRABAJO EN PERÚ

Luis Alberto Serrano Díaz *

Resumen

La inspección del trabajo, es un instrumento esencial para el respeto de los derechos laborales, su razón de ser primordial es garantizar derechos, mediante el control del cumplimiento de la normativa laboral, papel que desarrolla en un escenario complejo y cambiante, abonado por la pandemia del COVID-19. Para cumplir su finalidad la inspección debe adaptarse a los cambios y fortalecerse, por ello se plantea sugerencias para continuar su mejoría en nuestro país, sobre la base de los hechos fácticos y problemática real, en la que se aprecia una falta de tutela de los derechos laborales, la afectación o supresión de los beneficios sociales que la ley establece y por la existencia de trabajo forzoso, infantil, esclavitud moderna, trabajo en condiciones insalubres y con exposición a riesgos generando enfermedades ocupacionales y accidentes fatales, trabajo en condiciones de discriminación, de irrespeto a los derechos colectivos e individuales, seguridad social, etc. Las propuestas realizadas están orientadas a coadyuvar y lograr que la inspección del trabajo, garantice derechos de forma eficaz y eficiente, tal como lo sugiere la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con lo cual todos los actores sociales del derecho del trabajo y la sociedad en conjunto se beneficien.

Palabras claves

Inspección del trabajo / Derechos Laborales / Propuestas / Fortalecimiento de la inspección del trabajo.

* Abogado por la UNMSM, Doctorando en Derecho-UNMSM¸ Posgrado en la Organización Internacional del Trabajo OIT Turín Italia. Curso Internacional de Estudios Avanzados en Derecho Social Universidad de Salamanca España USAL. Miembro Asociado de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social SPDTSS. Integrante de AIDTSS, AIJDTSS, ILTRAS, Comité ejecutivo de la red mundial CIELO LABORAL. Docente de Legislación Laboral-UNMSM. Supervisor Inspector del Trabajo- SUNAFIL Perú.

ABSTRACT

Labor inspection is an essential instrument for the respect of labor rights, its primary reason of being is to guarantee rights, through the control of compliance with labor regulations, role which develops in a complex and changing setting, increased by the COVID 19 pandemic.To fulfill its purpose, the inspection must adapt to changes and strengthen itself, in consequence suggestions are made to continue its improvement in our country, based on accurate facts and real problems, where a lack of guardianship of labor rights can be seen, the affecting or suppression of social benefits established by the law and the existence of forced labor, child labor, modern slavery, work in unsanitary conditions and with exposure to risks generating occupational diseases and fatal accidents, work in discriminatory conditions, lack of respect to colective and individual rights, social security, etc. The proposals made are aimed at contributing and achieving that the labor inspection guarantees rights in and effective and efficient way, as suggested by the International Labour Organization (ILO), with which all social actors of labour law and society as a whole benefit.

KEYWORDS

Labor inspection- Labor rights- Proposals- Labor inspection strengthening

SUMARIO: I. Introducción. II. Razón de ser de la inspección del trabajo. III. Una mirada a la inspección del trabajo en nuestro país. IV. El panorama nacional y problemática de la inspección. V. Propuestas para el fortalecimiento de la inspección del trabajo y aumento del trabajo digno. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

El presente artículo, aborda la inspección del trabajo, como instrumento esencial para el respeto de los derechos laborales y en ese sentido se plantea sugerencias para su fortalecimiento en nuestro país, sobre la base de los hechos facticos y problemática real, en la que se aprecia una falta de tutela de los derechos laborales, evidenciado por la existencia de trabajo forzoso, infantil, esclavitud moderna, trabajo en condiciones insalubres y con exposición a riesgos, trabajo en condiciones de discriminación, de irrespeto a los derechos colectivos e individuales, a la seguridad social, etc. generando accidentes fatales de trabajo y enfermedades ocupacionales, así como la afectación o supresión de los beneficios sociales que la ley establece como seguro social, compensación por tiempo de servicios (CTS), gratificaciones, vacaciones, utilidades, entre otros. Frente a lo cual se plantea algunas propuestas, enmarcadas en el escenario nacional y de

nueva normalidad, que puedan ayudar a lograr que la inspección del trabajo, continue su fortalecimiento y garantice derechos de forma eficaz y eficiente, tal como lo sugiere la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), con lo cual todos los actores sociales del derecho del trabajo y la sociedad en conjunto se beneficien.

II. Razón de ser de la inspección del trabajo

La inspección del trabajo desde su origen en 1833[1], cumple una función de control, función de naturaleza legal cuya finalidad es constatar el cumplimiento de las disposiciones y normas vigentes. Como lo ha expresado la OIT en la guía para los trabajadores, la misión primaria de cualquier sistema de inspección, es garantizar el cumplimiento de las normas laborales (2010). La inspección tiene como papel principal lograr que se cumpla con la ley en los centros de trabajo, desarrollando medidas preventivas, educativas y donde resulte necesario, coercitivas.

El tratado de Versalles, dispuso que cada estado debía organizar un servicio de inspección con la finalidad de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores (ART. 437)[2].

Las funciones de los servicios de inspección del trabajo son muy similares en todo el mundo,, dado que deben estar en concordancia con aquellos establecidos por los Convenios de la OIT.

Es importante resaltar que la inspección del trabajo es el instrumento más importante de la presencia del Estado para diseñar, estimular y contribuir al desarrollo de una cultura de prevención, que abarque todos los aspectos que potencialmente están bajo su competencia: relaciones laborales, salarios, condiciones generales de trabajo, seguridad y salud en el trabajo, y cuestiones relacionadas con el empleo y la seguridad social.

1 Fecha en que el gobierno de Reino Unido nombró a los primeros cuatro inspectores.

2 Reconociendo las altas partes contratantes que el bienestar físico, moral e intelectual de los asalariados industriales es de importancia esencial desde el punto de vista internacional, han creado para la consecución de tal fin el organismo permanente previsto en la sección primera y lo han asociado al de la Sociedad de las Naciones. Tratado de Versalles 1919.

Actualmente, las inspecciones del trabajo realizan sus funciones en un ambiente desafiante, con importantes cambios en el contexto económico y social, industrial, en la organización del trabajo y relación laboral, en las expectativas sociales y políticas, en la tecnología y la naturaleza de los riesgos laborales (Trabajo en plataformas digitales) y en el escenario de pandemia COVID-19.

Nuestro país y 143 países más, que han ratificado el Convenio 81 OIT sobre la inspección de trabajo, deberán disponer de un adecuado marco jurídico sobre inspección del trabajo para hacer efectiva la función pública de vigilancia y control, que no sólo ha de estar integrada por normas ordenadoras del sistema de inspección, sino también por el conjunto de normas que regulen su sistema sancionador.

Vale la pena recordar y subrayar que el Comité de Expertos de la OIT, señala que, "una inspección de trabajo eficaz, constituye la garantía más segura de que se cumplen las normas internacionales y nacionales del trabajo no solo de *iure* sino también de *facto*", esta importancia de la inspección de trabajo cobró nuevo vigor y significado en los últimos años a raíz de la adopción por la OIT del concepto de Trabajo Decente[3], como razón de ser de su accionar en el mundo actual.

La inspección del trabajo está sustentada en lo establecido en el convenio 81 de la OIT, cuyo artículo tercero prescribe:

> Articulo 3.-Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones.

En el ámbito nacional está regulada principalmente por la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley 28806 y su reglamento D.S. 019-2006-TR:

3 El trabajo decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres. OIT consultable en: http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm

Ley 28806

Artículo 1.- Objeto y definiciones. La presente Ley tiene por objeto regular el Sistema de Inspección del Trabajo, su composición, estructura orgánica, facultades y competencias, de conformidad con el Convenio Nº 81 de la Organización Internacional del Trabajo. (…)

Artículo 2.- Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo. El funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección del Trabajo, así como de los servidores que lo integran, se regirán por los siguientes principios ordenadores: 1. Legalidad, con sometimiento pleno a la Constitución Política del Estado, las leyes, reglamentos y demás normas vigentes

Artículo 3.- Funciones de la Inspección del Trabajo

(…)

Las finalidades de la inspección son las siguientes:

1. De vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, en el orden sociolaboral, ya se refieran al régimen de común aplicación o a los regímenes especiales:
   a) Ordenación del trabajo y relaciones sindicales.
      a.1) Derechos fundamentales en el trabajo.
      (…)
   h) cualesquiera otras normas cuya vigilancia se encomiende a la inspección del trabajo.

Artículo 4.- Ámbito de actuación de la Inspección del Trabajo

En el desarrollo de la función inspectiva, la actuación de la Inspección del Trabajo se extiende a todos los sujetos obligados o responsables del cumplimiento de las normas sociolaborales, ya sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y se ejerce en: (…)

Artículo 5.- Facultades inspectivas

En el desarrollo de las funciones de inspección, los inspectores del trabajo que estén debidamente acreditados, están investidos de autoridad y facultados: (…)

Por su parte el reglamento de la Ley de inspección del trabajo D.S. 019-2006-TR y modificatorias, clasifica las infracciones socio laborales, que permiten, en su caso, ejercer la facultad coercitiva de la inspección, frente a los incumplimientos, el cual en los últimos dos años, incorporó dentro de su tipificación normas de la mano con los cambios en la realidad y el escenario actual, así se tiene, tipificación frente al no cumplimiento de las medidas de seguridad y protocolos referidos a

la pandemia del COVID-19, normas que afectan el trabajo remoto en caso del personal de riesgo, teletrabajo, desconexión digital, entre otros.

Podemos señalar que, la inspección del trabajo desde su origen a la fecha, no ha variado su razón de ser, sigue cumpliendo su función primordial de garantía de derechos mediante el control, ahora en medio de un escenario complejo y de incertidumbre, por lo que debe adaptarse a estas mutaciones y desarrollar estrategias innovadoras y apoyarse en la tecnología para que su rol sea eficaz y eficiente.

III. Una mirada a la inspección del trabajo en nuestro país

El Sistema Nacional de Inspección del Trabajo, tal y como se encuentra regulado hoy en día, fue establecido mediante la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, publicada el 22 de julio de 2006. Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR y normas modificatorias, ha sido reglamentada. Consideramos que el actual sistema representa un avance respecto del establecido por el Decreto Legislativo N° 910, por cuanto, es un proceso con plazos de investigación y otorga a los Inspectores del Trabajo mayores facultades de investigación, así como facultad discrecional, una vez finalizadas las actuaciones de investigación, de adoptar la medida inspectiva que considere más conveniente a la resolución del caso en concreto, lo cual guarda concordancia con su espíritu orientador y de cumplimiento de los derechos laborales.

La creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante SUNAFIL) fortaleció el sistema de inspección, es una institución especializada cuyas tareas principales son la orientación y fiscalización de las normas socio laborales, los derechos fundamentales en el trabajo y de seguridad y salud en el trabajo, asimismo es la entidad rectora del sistema de inspección de trabajo en el Perú, en concordancia con lo señalado el Convenio OIT 81. Cuenta con equipos especializados en materia laboral y de seguridad y salud en el trabajo, formalización y tiene intendencias en las diferentes capitales de regiones del país y la provincia del Callao.

En cuanto al número de inspectores actualmente la inspección de trabajo en el Perú cuenta con aproximadamente 756[4] inspectores laborales (cantidad que

4 Número que considera los inspectores ingresantes en el último concurso público de méritos, es variable debido a los ceses, renuncias del personal inspectivo, así como por las

incluye a: Supervisores inspectores, inspectores del trabajo e inspectores auxiliares) a nivel nacional, de los cuales concentra la mayoría en la ciudad de Lima aproximadamente 424 inspectores[5], y la diferencia en las diferentes Regiones del Perú, los cuales en su mayoría son inspectores auxiliares. Es de resaltar que, en los últimos tres años, el número de inspectores se ha incrementado considerablemente, mediante la convocatoria por concursos públicos de méritos. El doctor Miguel Canessa, señala" hay una tendencia clara del crecimiento del personal de la SUNAFIL, durante este periodo casi se duplica su personal" (2021).

Los inspectores de trabajo en el Perú se agrupan en especialistas en normas sociolaborales, derechos fundamentales, seguridad y salud en el trabajo, equipos especiales creados recientemente 24x7 y equipos especiales de formalización laboral (Urbano y rural).

Por otra parte, se debe tener en cuenta que los inspectores están premunidos de facultades especiales, contempladas en el Art. 5° de la Ley 28806. Se rigen y aplican principios laborales, entre ellos el principio de primacía de la realidad, fundamental en la labor inspectiva, para desenmarañar los casos de simulaciones o contrataciones fraudulentas. Es importante mencionar que todos los inspectores además de la Ley, Reglamento de inspección, también deben observar, las directivas, los diferentes Protocolos de actuación (más de veinte a la fecha), lineamientos y los criterios normativos (más de 30 a la fecha), y las resoluciones del Tribunal de Fiscalización laboral, cuando sean vinculantes.

Este procedimiento inspectivo, también por supuesto, ha tenido un cambio utilizando hoy en día la tecnología, instrumentos digitales que lo hacen ser parte del teletrabajo, tanto en su misma función operativa y también en su función de control y vigilancia de las normas sociolaborales y del teletrabajo. La inspección laboral emitió la base legal correspondiente para utilizar la tecnología de la información, en función a esta base legal, directivas[6], por tanto, se puede realizar las inspecciones utilizando estos medios tecnológicos, por ejemplo: la casilla

sensibles pérdidas de colegas inspectores a causa del COVID-19.

5 Número que puede variar por los destaques y adscripciones de inspectores a las sedes del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en regiones (GORE,s) e Intendencias Regionales (IRE,s), en casi todo el Perú.

6 Directiva 001-2020-SUNAFIL/INII sobre el ejercicio de la función inspectiva / Directiva 003-2020-SUNAFIL/INII DIRECTIVA sobre verificación de despidos arbitrarios

electrónica[7], todos los empleadores ahora tienen una casilla electrónica dónde se les notifica los requerimientos de información necesarios para la verificación del cumplimiento de las normas sociolaborales, se notifica ampliaciones de plazo, medidas de requerimiento, hechos insubsanables, etc. asimismo es el medio que usa el empleador y trabajador para aportar información relativa al caso, con lo cual se va revisando de forma digital las materias objeto de la inspección. También se utilizan los correos electrónicos, WhatsApp, Google meet, comparecencias y visitas virtuales, etc. En este contexto se han desarrollado inspecciones completas utilizando incluso sólo el WhatsApp, entonces es un cambio significativo para la inspección del trabajo.

Finalmente, señalar que existen diferentes tipos de inspección (Serrano Díaz, 2020) que realizan para lo cual la SUNAFIL tiene implementado el expediente electrónico o digital[8], el cual permite consolidar toda la información de un procedimiento de inspección laboral de forma totalmente digital. Con lo cual SUNAFIL ya está consolidándose en el marco de la gestión del gobierno digital.

IV. El panorama nacional y problemática de la inspección

Si bien en los recientes años, se ha mejorado el sistema de inspección, a partir de la creación de SUNAFIL, también es cierto que existe una elevada tasa de informalidad laboral, la cual es una de las principales causas por las que todavía hay una falta de tutela de los derechos laborales, ante trabajadores no registrados, evidenciado por la existencia trabajo esclavo, trabajo forzoso, trabajo en condiciones insalubres y con exposición a riesgos que pueden derivar en accidentes

7 En el marco del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el Decreto Legislativo 1412 (13 de setiembre de 2018), Ley que aprueba el gobierno digital, y su reglamento aprobado por el D.S. 029-2021-PCM, se entiende que la casilla electrónica es un canal digital.

8 Al respecto debemos señalar que también está en el marco de las normas relativas al gobierno digital señaladas en el ítem anterior. En ese sentido el D.S. 029-2021-PCM, señala lo siguiente: Artículo 39. Expediente electrónico. 39.1 El expediente electrónico es el conjunto organizado de documentos electrónicos que respetando su integridad documental están vinculados lógicamente y forman parte de un procedimiento administrativo o servicio prestado en exclusividad en una determinada entidad de la Administración Pública, conforme a lo establecido en el artículo 31 del TUO de la Ley Nº 27444. Asimismo, todas las actuaciones del procedimiento se registran y conservan íntegramente y en orden sucesivo en el expediente electrónico.

de trabajo y enfermedades ocupacionales, sin recibir los beneficios sociales que la ley establece como seguro social, CTS, gratificaciones, vacaciones, utilidades, etc., esto se expresa de manera fáctica en la elevada cantidad de denuncias presentadas por los miles de trabajadores ante las instituciones que tutelan derechos laborales (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral-SUNAFIL, Poder Judicial) con la intención de hacer prevalecer derechos contenidos en la legislación laboral, constitucional y supra constitucional.

Esto deriva en que el sistema institucional y normativo, presente aun serias dificultades para lograr los objetivos de la inspección laboral planteados por la OIT, a saber: el control del cumplimiento de las normas laborales; la orientación y asistencia técnica a los trabajadores y empleadores sobre la manera efectiva de cumplir las disposiciones legales; así como la prevención y su contribución al mejoramiento de la legislación. Maxime en un país tan diverso y poblado como el nuestro. Con más de 32 millones[9] de habitantes y una población trabajadora total que bordea los 17 millones, no permiten lograr en su totalidad y con verdadera eficiencia y eficacia los objetivos principales indicados en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y principalmente en el Convenio N° 81 y normas afines, así en cuanto a la inspección de trabajo hace falta continuar la mejora en su función de control, de asistencia técnica y de prevención de conflictos.

En tal sentido, hay un impacto en relación al logro de trabajo digno y decente, por lo que el fortalecimiento de la inspección debe continuar y ser una prioridad.

Otro actor importante son los empleadores, se tiene, que en muchos casos el sistema empresarial no da jerarquía valorativa al trabajo digno y decente. Hay empresas que están formalizadas y cumplen los derechos laborales, pero también es cierto que en nuestro país existe un gran número de empresas que ocupan la PEA[10] , que están en la informalidad laboral, donde no hay un asesoramiento y capacitación, por tanto se producen vulneraciones a los derechos laborales, ejercicios abusivos y arbitrarios de la facultad directriz, exposición a riesgos,

9 32 millones 626 mil habitantes, Instituto Nacional de Estadística e Informática- INEI, Boletín Especial n° 24. 2020.

10 Población Económicamente Activa

actos de hostilidad, riesgos psicosociales, etc., es en este escenario donde se debe enfatizar el accionar del Estado.

Esta problemática también se presenta con los trabajadores, quienes en muchos casos desconocen sus derechos y el real contenido del trabajo digno y decente, por la ausencia de capacitaciones, y en muchos casos también ocurre que no exigen sus derechos aceptando condiciones, debido a la necesidad de un trabajo e ingresos que permitan la subsistencia de él y su familia, más aún en un escenario de pandemia en el que el subempleo e informalidad se elevaron drásticamente, y por tanto acceder a un empleo es mucho más difícil, en consecuencia también nos lleva a evidenciar que en la realidad existe ausencia de derechos laborales de un grueso de la población trabajadora.

Cambiar la situación reseñada tendrá como efectos positivos para los diferentes actores laborales y la sociedad en su conjunto.

V. Propuestas para el fortalecimiento de la inspección del trabajo y aumento del trabajo digno

La inspección del trabajo en el Perú, debe continuar el fortalecimiento de sus funciones y acciones, en el plano organizacional y operativo, a continuación, se formula algunas propuestas que pueden contribuir a ello:

1. Ampliar la cobertura a nivel nacional, instalando oficinas en todo el territorio

Es importante ampliar el alcance y cobertura de la inspección del trabajo, permitiendo que más trabajadores y empleadores puedan acceder a sus servicios, para lo cual es importante que se instalen y aperturen más oficinas en todo el territorio nacional, priorizando las ciudades más pobladas (Según INEI). A la fecha SUNAFIL cuenta con 26 intendencias regionales ubicadas en las principales ciudades de cada de una de las regiones, no obstante, esto es insuficiente para la PEA de nuestro país, se debería coberturar mínimamente las ciudades con más población, es decir aperturar 75 oficinas en el territorio nacional. Estas oficinas deben tener la logística y el equipamiento adecuado, sobre todo en lo concerniente a la tecnología y servicios de internet, debido al incremento de las

inspecciones mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), casilla electrónica y expediente electrónico.

2. Ampliar la contratación de inspectores

Una necesidad que siempre ha tenido la inspección, es la mayor contratación de inspectores, si bien desde la creación de SUNAFIL el número de inspectores en general se ha incrementado, de forma notable, pero analizada en un panorama general sigue siendo insuficiente, muchas zonas del país no cuentan con la cantidad apropiada de inspectores, ciudades de gran actividad económica como Talara, Paita, Nazca, Ilo, etc. tienen poca o ninguna presencia de inspectores del trabajo, ya que la mayoría son inspectores auxiliares (quienes no están facultados a ver casos complejos), esto no concuerda con el estándar de la OIT como lo señala David Weil : 1 inspector por 10000 en economías desarrolladas, 1 por 20000, en economías de transición, 1 por 40000, en economías menos desarrolladas (2008, pág. 391). En este momento la Sunafil cuenta con 756 inspectores entre inspectores auxiliares, inspector del trabajo y supervisores inspectores, en consecuencia, el número actual por lo menos debería triplicarse, llegando a superar los dos mil inspectores (2268), para poder cumplir los estándares y realizar una labor mucho más efectiva, en el ámbito nacional.

3. Promover los ascensos internos

La línea de carrera del inspector según la ley 28806 tiene tres niveles: inspectores auxiliares, inspector del trabajo y supervisores inspectores, en la actualidad la mayor cantidad son inspectores auxiliares, en tal sentido ellos no pueden fiscalizar materias complejas, esto es una gran limitación para la actuación de la inspección del trabajo, debido a que gran cantidad de casos se refieren a temas de derechos colectivos, derechos fundamentales, hostigamiento laboral, etc. generándose un cuello de botella en la atención de dichas denuncias, por tanto se hace necesario la promoción interna los ascensos a inspectores del trabajo y también al cargo de supervisores inspectores, quienes se encargaran de verificar y revisar las inspecciones y así mismo de las gestión de los equipos, los cuales deben tener un número de integrantes adecuado que permita desarrollar una buena gestión. Además de ampliar la carrera inspectiva como veremos en el punto siguiente.

4. Ampliación o establecimiento de una nueva línea de carrera del inspector

En la actualidad los tres niveles de la carrera inspectiva, inspector auxiliar, inspector del trabajo y supervisor inspector no ayudan a fortalecer la institución como un sistema inspectivo, esta línea de carrera se establece antes de la creación de la SUNAFIL, Y realmente es muy corta y restringida. Al crearse la SUNAFIL estableció una estructura orgánica[11] de distintos niveles y puestos de trabajo, a la cual el inspector de carrera no podría acceder, para contribuir con su experiencia, por lo cual la actual línea de carrera debe ser modificada, ampliada o reemplazada, por una línea de carrera mas amplia, que permita al inspector laboral, ascender desde su ingreso como inspector auxiliar, inspector del trabajo, inspector supervisor, subintendente, intendente regional, intendente nacional hasta superintendente. Así mismo deberían tener la posibilidad de integrar los diferentes órganos de la estructura de SUNAFIL.

5. Ampliación de la inspección a la economía informal

Este punto, es uno de los más importantes, la informalidad es uno de los problemas que implica una afectación a la persona humana así como al trabajador, al estar este en una total desprotección pues la coraza protectora del derecho laboral muchas veces no llega al sector informal, es por ello que la inspección de trabajo debe apuntar a no sólo avocarse al ámbito formal sino ir más allá, por tanto debemos recordar que el Trabajo Decente, abarca no sólo al trabajo formal, sino también a la denominada economía informal; en ese sentido la inspección de trabajo también debe velar y fiscalizar por que el Trabajo Decente se cumpla no sólo en ámbito formal, sino también en el ámbito informal para ello, debe ampliar su ámbito y accionar al trabajo autónomo y el ámbito informal, aplicando sus función orientadora, fiscalizadora y de propuesta legislativa. En concordancia con el Convenio núm. 81 de la OIT.

En la mayoría de economías las personas con un contrato formal son un porcentaje menor, lo que quiere decir que un buen porcentaje de hombres y

11 La SUNAFIL para el cumplimiento de sus fines, cuenta con la estructura siguiente básica siguiente: Alta Dirección: Consejo Directivo y Superintendente; b) Tribunal de Fiscalización Laboral; c) Órganos de línea; d) Órganos de apoyo; e) Órganos desconcentrados. Artículo 7 de la ley 29981, Ley que crea la SUNAFIL.

mujeres que trabajan lo hacen en la economía informal, sin condiciones aceptables y muy alejadas de lo que es el Trabajo Decente[12]. El Dr. Juan Somavia, señala por trabajo decente "se entiende al trabajo que se realiza en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad" (1999). En este sentido el accionar de la inspección laboral es importante porque extendería su ámbito[13] de alcance al sector informal y además en su desarrollo la inspección podría comprender planes de formalización laboral, que incluyan los compromisos de formalización por parte de quienes se encuentran en el ámbito informal. La Informalidad laboral y el desconocimiento de las normas legales vigentes y la falta de asistencia técnica.

Uno de los principales factores por el que las MIPYMES[14] no cumplen con las normas laborales, es la falta de conocimiento del marco normativo vigente, debido a una escasa capacitación y asistencia técnica por parte del Estado así como la falta de conocimiento de la protección del Estado y de los servicios que está obligado a brindar a quienes se formalizan, ante ello la inspección de trabajo, que tiene como uno de sus objetivos la asistencia y asesoría de las MIPYMES, debería intensificar esta labor a efectos de prevenir vulneraciones a los derechos de los trabajadores.

En consecuencia, de debe extender la capacitación y asistencia técnica por parte del Estado, y de la inspección de trabajo a la economía informal, gene-

12 La informalidad laboral termina afectando los cuatro ejes del Trabajo Decente: Empleo, Derechos Fundamentales, Seguridad Social, Diálogo Social.

13 Art. 7, Convenio OIT núm. 150, Sobre la Administración del Trabajo. A fin de satisfacer las necesidades del mayor número posible de trabajadores, cuando lo exijan las condiciones nacionales, y en la medida en que la administración del trabajo no haya abarcado ya estas actividades, todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá promover, gradualmente si fuera necesario, la ampliación de las funciones del sistema de administración del trabajo, a fin de incluir actividades, que se llevarían a cabo en colaboración con otros organismos competentes, relativas a las condiciones de trabajo y de vida profesional de determinadas categorías de trabajadores que, a efectos jurídicos, no se pueden considerar personas en situación de empleo, tales como:(a) los pequeños agricultores que no contratan mano de obra exterior, los aparceros y categorías similares de trabajadores agrícolas;(b) las personas que, sin contratar mano de obra exterior, estén ocupadas por cuenta propia en el sector no estructurado, según lo entienda éste la práctica nacional;(c) los miembros de cooperativas y de empresas administradas por los trabajadores;(d) las personas que trabajan según pautas establecidas por la costumbre o las tradiciones comunitarias.

14 Micros, pequeñas y medianas empresas.

rando la cultura de formalidad y la valoración de la dignidad del trabajador y de la persona humana.

Para ello la inspección debe fortalecer los equipos de formalización rural y urbana, que a la fecha vienen desarrollando su labor, estos equipos deberían estar en las regiones con más índice de informalidad y aumentar en número, de tal manera que se pueda formalizar a la mayor cantidad de trabajadores, luego de lo cual se debe hacer una fiscalización posterior de las empresas formalizadas a efectos de que la formalización se mantenga en el tiempo. Sumado a lo mencionado se debe desarrollar un programa o estrategia interinstitucional que implique la formalización de las diferentes entidades económicas mapeadas por zonas de mayor vulnerabilidad.

6. Ampliación de la inspección del trabajo a los distintos regímenes laborales

Sobre la base del Trabajo Decente, es importante considerar que la inspección también debe ampliar su actuación a los diferentes regímenes laborales del sector público de forma más específica a los trabajadores del Decreto Legislativo 1057, régimen especial de Contratación Administrativa de servicios CAS y el Decreto Legislativo 276, Ley de bases de la carrera administrativa, etc. de esta manera se podrían resolver muchos de los casos en la vía inspectiva, con lo cual se evitaría llegar a los procesos judiciales, ayudando a descongestionar el ya abarrotado poder judicial. En ese sentido la Ley 28806 debe ser modificada en lo que resulte pertinente.

7. Ampliación de la inspección del trabajo a las nuevas formas de empleo

La inspección del trabajo debe ampliar su accionar al trabajo autónomo, aplicando su función orientadora y de propuesta legislativa en concordancia con el convenio 81 OIT, de la misma manera el trabajo realizado mediante plataformas digitales debe ser objeto de inspección tanto en materia de seguridad y salud en el trabajo como de normas sociolaborales.

8. Ampliar la inspección del trabajo, al teletrabajo, trabajo remoto y la desconexión digital

En relación al teletrabajo: el crecimiento disruptivo del teletrabajo, encontró una serie de vacíos y generó problemas y desventajas, problemas de seguridad y salud, que la original Ley y el reglamento del Teletrabajo, no lo habían contemplado.

El teletrabajo tiene su base legal, en la Ley n° 30036[15] y su Reglamento D.S. 017-2015-TR, y que conforme a la norma se define así: "El teletrabajo es aquel realizado de manera voluntaria e itinerante y a distancia o fuera del área central o principal de la empresa que implica necesariamente el uso intensivo de las tecnologías de información y cuya organización del desarrollo del trabajo asignado es flexible". Javier Thibault Aranda indica que el teletrabajo "es una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado en gran parte o principalmente a distancia, y mediante el uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicaciones" (2000, pág. 65).

El teletrabajo, se caracteriza por el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado "teletrabajador", en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores.

En relación al trabajo remoto, fue previsto en el Decreto de Urgencia N° 026-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del COVID – 19, y luego fue regulado de forma dispersa por diferentes normas complementarias, D.U. 029-2020 Dictan medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa y otras medidas para la reducción del impacto del COVID-19 en la economía peruana. D.S. 010-2020-TR Decreto Supremo que desarrolla disposiciones para el Sector Privado, sobre el trabajo remoto previsto en el Decreto de Urgencia N° 026-202, Decreto de Urgencia que establece medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del COVID-19. R.M. 072-2020-TR Aprueban documento denominado "Guía para la aplicación del trabajo remoto" DIRECTIVA 039-2020-SERVIR-PE Directiva para la aplicación del Trabajo

15 Ley que regula el teletrabajo (15 de mayo de 2013).

Remoto, etc. fue una alternativa muy usada durante la pandemia, permitió el desarrollo de muchas actividades a distancia y sin exposición de los trabajadores a la pandemia, aplicable de forma obligatoria a las poblaciones consideradas como grupos de riesgo. En este aspecto se incorporó como una de las materias a ser fiscalizada por la inspección.

Sobre la desconexión del trabajo teneos que uno de los aspectos derivados del teletrabajo y trabajo remoto en nuestro país, en estos dos años es la extensión de las jornadas de trabajo, el agotamiento de los trabajadores, debido a que se prolongaron las jornadas, al inicio de la pandemia incluso en muchas empresas se laborada hasta altas horas de la noche y la madrugada, debido al proceso de adaptación, se estaba aprendiendo el manejo de las diferentes plataformas, aplicativos, bases de datos, sistemas, digitalización de documentos, uso de nuevas plataformas de comunicación como el Zoom, Google meet, Facebook live, etc. y también para no afectar el funcionamiento y el cumplimiento de metas de las empresas. Tal era esta problemática real que dio lugar a que las normas de desconexión digital[16] se desarrollaran en el país, para limitar estos excesos. Se incorporó en el reglamento de inspección laboral, como una infracción grave, el no cumplir con el derecho a la desconexión digital. El derecho a la desconexión digital implica que el trabajador este libre después de su jornada, de proporcionar información o recibir requerimientos. Entonces se reguló con el Decreto de Urgencia 127-2020, y tuvo algunas modificaciones en el D.S. 004-2021-TR, intensificándose cada vez más el derecho a la desconexión digital[17].

16 El Poder Ejecutivo mediante Decreto de Urgencia Nº 127-2020 estableció el derecho de los trabajadores a la desconexión digital.

17 El Decreto de urgencia que establece el otorgamiento de subsidios para la recuperación del empleo formal en el sector privado y establece otras disposiciones.D.U. 127-2020, publicado el 1ro de noviembre de 2020, señala: Artículo 18.- Obligaciones del empleador y trabajador 18.1. Son obligaciones del empleador: (…)18.1.4. respetar el derecho a la desconexión digital del trabajador por el cual este último tiene el derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos utilizados para la prestación de servicios Durante los días de descanso, licencias y periodos de suspensión de la relación laboral. El D.S. 004-2021-TR señala: El teletrabajo y trabajo remoto requieren de control y fiscalización con el uso de herramientas tecnológicas adecuas para no invadir la privacidad del trabajador, al igual que el derecho a la desconexión, en tal sentido el personal inspectivo debe ser capacitado para abordar estas nuevas materias, que en fondo implican un reto para inspección.

En consecuencia, la inspección del trabajo debe tener la capacitación especializada en estas materias, así como las herramientas necesarias para poder desarrollar las actuaciones inspectivas en estas nuevas formas de trabajo.

9. Mejoramiento de la infraestructura tecnológica, acorde a la ley de gobierno digital

El procedimiento inspectivo, también por supuesto, ha tenido un cambio utilizando hoy en día la tecnología, instrumentos digitales que lo hacen ser parte del teletrabajo, tanto en su misma función operativa y también en su función de control y vigilancia de las normas sociolaborales y del teletrabajo, trabajo remoto y desconexión digital.

Primero veamos cómo impactado el teletrabajo en la parte operativa, hoy en día la inspección laboral se da usando los protocolos que han permitido la utilización de las tecnologías de información. Entonces lo primero que se hizo, es dar la base legal correspondiente para utilizar la tecnología de la información, en función a esta base legal, a estas directivas[18], se puede realizar las inspecciones utilizando estos medios tecnológicos, por ejemplo: la casilla electrónica, todos los empleadores ahora tienen una casilla electrónica dónde se les notifica las inspecciones los requerimientos de información. También se utilizan los correos electrónicos, WhatsApp, Google meet, comparecencias y visitas virtuales, etc. En este contexto se han desarrollado inspecciones completas utilizando solo el WhatsApp, entonces es un cambio significativo para la inspección del trabajo.

La inspección también ha desarrollado el uso de la casilla electrónica**,** en el marco del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el Decreto Legislativo 1412 (13 de setiembre de 2018), Ley que aprueba el gobierno digital[19], y su reglamento aprobado

18 Directiva 001-2020-SUNAFIL/INII sobre el ejercicio de la función inspectiva / Directiva 003-2020-SUNAFIL/INII DIRECTIVA sobre verificación de despidos arbitrarios

19 Artículo 1.- Objeto La presente Ley tiene por objeto establecer el marco de gobernanza del gobierno digital para la adecuada gestión de la identidad digital, servicios digitales, arquitectura digital, interoperabilidad, seguridad digital y datos, así como el régimen jurídico aplicable al uso transversal de tecnologías digitales en la digitalización de procesos y prestación de servicios digitales por parte de las entidades de la Administración Pública en los tres niveles de gobierno.

por el D.S. 029-2021-PCM[20], se entiende que la casilla electrónica[21] es un canal digital[22].

En ese sentido la SUNAFIL ha implementado la casilla electrónica, configurándose en un espacio que tiene cada empleador dónde se le notifica el procedimiento inspectivo. Mediante ella se puede desarrollarlas actuaciones inspectivas, es decir se notifica los requerimientos de información necesarios para la verificación del cumplimiento de las normas sociolaborales, se notifica ampliaciones de plazo, medidas de requerimiento, hechos insubsanables, etc. asimismo es el medio que usa el empleador y trabajador para aportar información relativa al caso, con lo cual se va revisando de forma digital las materias objeto de la inspección

Por otra parte, SUNAFIL, tiene implementado en la inspección del trabajo el expediente electrónico o digital[23], el cual permite consolidar toda la información de un procedimiento de inspección laboral de forma totalmente digital. Al respecto debemos señalar que también está en el marco de las normas relativas al gobierno digital señaladas en el ítem anterior.

La inspección debe continuar e intensificar el fortalecimiento de la infraestructura tecnológica acorde a la ley de gobierno digital.

---

20 D.S. 029-2021-PCM Reglamento de la Ley que aprueba el gobierno digital

21 Artículo 53. Casilla única electrónica. 53.1 La casilla única electrónica es el domicilio digital que sirve para recibir comunicaciones y/o notificaciones remitidas por las entidades de la Administración pública a los ciudadanos y personas en general, conforme se establece en el numeral 20.4 del artículo 20 del TUO de la Ley Nº 27444, y al que se refiere el artículo 22 de la Ley.

22 Canal Digital.- Es el medio de contacto digital que disponen las entidades de la Administración Pública a los ciudadanos y personas en general para facilitar el acceso a toda la información institucional y de trámites, realizar y hacer seguimiento a servicios digitales, entre otros. Este canal puede comprender páginas y sitios web, redes sociales, mensajería electrónica, aplicaciones móviles u otros

23 En ese sentido el D.S. 029-2021-PCM, señala lo siguiente: Artículo 39**.** 39.1 El expediente electrónico es el conjunto organizado de documentos electrónicos que respetando su integridad documental están vinculados lógicamente y forman parte de un procedimiento administrativo o servicio prestado en exclusividad en una determinada entidad de la Administración Pública, conforme a lo establecido en el artículo 31 del TUO de la Ley Nº 27444. Asimismo, todas las actuaciones del procedimiento se registran y conservan íntegramente y en orden sucesivo en el expediente electrónico.

10. La inspección del trabajo debe orientarse a la predictibilidad

Este es uno de los temas que durante mucho tiempo sigue siendo un tema de debate y problemática a nivel del sistema de inspección, por ello se requiere fortalecer. Sería importante que la inspección logre predictibilidad en sus resoluciones y actas de infracción, unificar criterios en torno a casos similares, estableciendo criterios técnicos que permitan resolver los casos en todo el territorio, en las diferentes intendencias bajo una similar visión, esto sobre la base de las decisiones y pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema, Jurisprudencia de las Cortes Internacionales, resoluciones del Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL, etc.

11. Conformación de equipos de trabajo multidisciplinarios

Este es otro aspecto que la práctica inspectiva permite visualizar, con frecuencia se debe abordar casos complejos y especializados, donde se hace necesario una intervención multidisciplinaria o en equipos de trabajo, conformados por especialistas en diferentes profesiones y materias, así en temas por ejemplo de los accidentes de trabajo, se podría conformar un equipo conformado por un abogado, ingeniero y médico.

Esto permitirá una mayor celeridad de las investigaciones y una mejor investigación y resolución del caso.

12. Conformación de un Consejo de peritos o especialistas técnicos

La Ley 28806, en su artículo quinto, señala que el inspector puede hacerse acompañar en sus visitas por peritos y técnicos, sin embargo esto casi no se utiliza en las inspecciones, por tanto se debería crear un Consejo de peritos o especialistas técnicos, que puedan prestar su apoyo en inspecciones que ameriten la participación de especialistas en determinada materia, este consejo debería ser convocado por SUNAFIL y conformado por diferentes profesionales con especialidad, de tal manera que mediante su experiencia y conocimientos, puedan aportar en las inspecciones complejas. Al respecto se puede tener como referencia el caso de Costa Rica, el Dr. Eric Briones indica "cuando la cuestión sea muy compleja pueden acudir a un Consejo de Salud Ocupacional (el cual cuenta con ingenieros, médicos y otros profesionales atinentes a la materia)

adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en demanda del apoyo necesario" (2021).

13. Desarrollo de base de datos para la inspección focalizada

En relación a este punto, se propone que, ayudados por la tecnología y las inspecciones previas, se configure una gran base de datos, que permita ver lugares de mayor incidencia de infracciones, tipos de infracciones, periodos, etc. que permitan una actuación estratégica y focalizada de la inspección, generando un gran impacto, disuasivo.

14. Intensificar la capacitación y especialización del personal inspectivo y administrativo

Punto medular en toda institución es la capacitación de su personal, mas aun en esta época de cambios donde la tecnología se ha insertado con gran fuerza, SUNAFIL tuvo gran incidencia en las capacitaciones, pero esta se debe intensificar sobre todo extender a todo el personal. Esta capacitación no solo es para el personal inspectivo debe hacerse extensiva a los trabajadores administrativos que conformas el sistema de inspección, con lo cual todo el sistema de inspección se fortalecerá. La capacitación debe darse de forma casuística en temas de especialidad, así mismo en manejo de la tecnología, a la luz de los cambios vertiginosos que se vienen produciendo.

15. Intensificación de la inspección en los casos de los riesgos psicosociales

En los últimos años una de las materias de inspección que tuvo un incremento, notable fueron los casos de riesgos psicosociales y hostigamiento laboral, frente a ello la inspección debe estar atenta y saber de qué forma abordar estos casos complejos, en las que las pruebas no son tan manifiestas o evidentes. Si bien el Convenio 190 OIT Sobre la violencia y el acoso, se encuentra en la etapa de Sumisión, previo a su ratificación, debería desarrollarse talleres para su conocimiento, así como estrategias de abordaje, aplicación de cuestionarios, entrevistas, etc., para poder investigar con mayor éxito, este tipo de casos. En

España se aprobó el Criterio 104/2021 de la inspección de trabajo sobre riesgos psicosociales.

El inspector Manuel Velásquez señala:

> El Criterio Técnico 104/2021 describe características y exigencias legales del proceso de gestión de riesgos psicosociales. En concreto los requisitos que debe reunir una metodología para la identificación y evaluación de estos riesgos para ser considerada como fiable, la forma para diseñar y adoptar las medidas preventivas que procedan, previa consulta a los trabajadores y los mecanismos de revisión de la eficacia de dichas medidas (2021).

16. Mejora del sistema de cobranza coactiva

Este es otro aspecto de problemática constante, muchas de las sanciones impuestas, toman tiempo en su ejecución por lo que no termina corrigiendo las conductas infractoras, debido a que el aparato de cobranza coactiva, en varios casos no logra efectivizar las multas impuestas en los plazos breves, dilatándose en el tiempo, el sistema de cobranza coactiva debe ser dinámico, debe reorganizarse, de tal manera que las empresas infractoras, cumplan o no puedan comercializar con el estado, o en su caso previo agotamiento del procedimiento decretar el embargo de sus cuentas, en suma se debe implementar un sistema más apropiado de cobranza de las sanciones administrativas.

VI. Conclusiones

Desde su origen en el ámbito internacional en Reino Unido 1833, la inspección del trabajo, es una de las instituciones más importantes; mediante la fiscalización laboral se busca garantizar derechos sociolaborales y de seguridad y salud en el trabajo, promover el trabajo digno y el trabajo decente, aplicando la normativa nacional, internacional, y específicamente los convenios de la OIT.

La OIT señala que "La Inspección de trabajo es un sistema vivo adecuado al mundo cambiante del trabajo e ineludible para conseguir la aplicación de la ley", por lo que es importante que se den los cambios necesarios a efectos de atender los problemas laborales en un entorno globalizado y de gran dinamismo económico con nuevas formas de producción y fenómenos productivos, en un

escenario de pandemia, en los cuales se hace más urgente el respeto y control de los derechos fundamentales del trabajo, así como la prevención de los conflictos.

Si bien en los recientes años, se ha mejorado el sistema de inspección, a partir de la creación de SUNAFIL, también es cierto que existe a la fecha, una elevada tasa de informalidad laboral, la cual es una de las principales causas por las que todavía hay una falta de tutela de los derechos laborales. Por ello debe fortalecerse los equipos de formalización rural y urbana, que a la fecha vienen desarrollando su labor, de tal manera que se pueda formalizar a la mayor cantidad de trabajadores. Sumado a lo mencionado se debe desarrollar un programa o estrategia interinstitucional que implique la formalización de las diferentes entidades económicas, mapeadas por zonas de mayor vulnerabilidad

La inspección del trabajo debe estar en una mejora continua, en nuestro país, sobre la base de los hechos fácticos y problemática real, brindando tutela de los derechos laborales, y disminuyendo o eliminando la afectación o supresión de los beneficios sociales que la ley establece, haciendo frente a la existencia de trabajo forzoso, infantil, esclavitud moderna, trabajo en condiciones insalubres y con exposición a riesgos, trabajo en condiciones de discriminación, de irrespeto a los derechos colectivos e individuales, de seguridad social, etc. Cambiar la situación de actual problemática generará más trabajo digno y tendrá efectos positivos para los diferentes actores del derecho laboral (los trabajadores, empleadores y el Estado) y la sociedad en su conjunto.

Con el objeto de contribuir para que la inspección del trabajo, continue su fortalecimiento y cumpla su función teleológica, de forma eficaz y eficiente, en el presente artículo de investigación, considerando la extensión del mismo, hemos señalado algunas propuestas importantes, sobre la base de la experiencia y estudio del tema, que esperamos se tenga a bien implementar.

VII. Bibliografía

Briones, E. (agosto de 2021). *Comunidad para la investigación y el estudio laboral y ocupacional CIELO*. Obtenido de Noticias n° 8: https://mailchi.mp/cielolaboral/noticias-cielo-no-532528?e=4f9b9eef95

Canessa, M. (agosto de 2021). *Comunidad para la investigación y el estudio laboral y ocupacional* . Obtenido de Noticias CIELO nº 8: https://mailchi.mp/cielolaboral/noticias-cielo-no-532528?e=4f9b9eef95

Organización Internacional del Trabajo . (2010). *Guia para los trabajadores, La inspección del trabajo lo que es y lo que hace.* Ginebra: OIT.

Serrano Díaz, L. (setiembre de 2020). *Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*. Obtenido de Boletin Informativo Laboral nº 105: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1375281/05.10.20%20ARTICULO%20PRINCIPAL%20SETIEMBRE%202020%20.pdf

Somavia, J. (1999). *Un trabajo para todos en una economía globalizada: Una pérspectiva de la OIT : Documento presentado a la tercera Conferencia Ministerialde la OMC del 30 de noviembre al 03 de diciembre de 1999.*

Thibault Aranda, J. (2000). *El Teletrabajo análisis jurídico laboral.* Madrid: Consejo Económico y Social.

Velasquez, M. (agosto de 2021). *Comunidad para la investigación y el estudio laboral y ocupacional CIELO*. Obtenido de Noticias nº 8: https://mailchi.mp/cielolaboral/noticias-cielo-no-532528?e=4f9b9eef95

Weil, D. (2008). Un planteamiento estratégico de la inspeccion del trabajo. *Revista internacional del trabajo Vol 127 nº4 Ginebra OIT*, 391.

PERSPECTIVAS PARA UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

BUSCANDO UN NUEVO SISTEMA DE PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL PARA EL PERÚ: ¿REFORMA O REFUNDACIÓN?

César Abanto Revilla* **

I. Cuestiones introductorias

La seguridad social es un componente trascendental en la estructura política, jurídica, económica y social de todos los países[1], al punto que las decisiones que tomen los gobernantes en relación al sistema, los beneficios o las medidas que adoptarán en determinado momento, originarán un ahorro considerable de recursos al Estado o, por el contrario, cientos de reclamos sociales derivados del descontento por prestaciones insuficientes (en cantidad y/o calidad).

Este sistema de protección existe porque a lo largo de la vida de todas las personas se van a presentar situaciones (contingencias) que van a afectar nuestra capacidad física y/o mental (accidentes, enfermedades, vejez, muerte, etc.) para que podamos atender nuestras necesidades básicas. Dentro de esas amenazas naturales el pasado 2020 se ha sumado la primera de muchas pandemias sa-

* Profesor de Seguridad Social en las Maestrías de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad de San Martín de Porres. Miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de la Red Iberoamericana de Investigadores en Seguridad Social.

** El presente ensayo es una actualización y reajuste del trabajo publicado en coautoría con Javier Paitán Martínez en la Revista Derecho del Trabajo N° 29, Montevideo, 2020, pp. 135-160.

1 Grzetich Long, Antonio. Derecho de la Seguridad Social. Parte General. Montevideo, 2005, FCU, Segunda Edición, p. 9.

nitarias mundiales que seguramente nos azotarán en las siguientes décadas: la COVID-19 (coronavirus).

Si bien dentro de un modelo tradicional de seguridad social, se le reconoce un lugar prioritario a las prestaciones de salud, en este ensayo nos centraremos en la revisión de las prestaciones pensionarias (invalidez, jubilación y sobrevivientes), y la necesidad de un cambio estructural profundo y definitivo, que reemplace a las reformas parciales e insuficientes que se han implementado en los últimos tiempos, a efectos de migrar de los vetustos modelos de reparto y capitalización hacía uno de corte multipilar.

En efecto, con ocasión de esta pandemia se ha agravado la situación de precariedad de nuestro sistema de pensiones, de por sí fragmentado y excluyente, pues producto de la informalidad del mismo, ha quedado en manifiesto la ausencia de razonabilidad de mantenerlo como un mecanismo vinculado -para su afiliación- a la preexistencia de un vínculo laboral, cuando 7 u 8 de cada 10 peruanos no tiene un contrato de trabajo.

Reformar, según el Diccionario de la Real Academia Española, implica volver a formar, rehacer o modificar algo, con la intención de mejorarlo; por otro lado, refundar alude a volver a fundar algo o revisar la marcha de una entidad o institución, para hacerla retornar a sus principios originales o adaptarla a los nuevos tiempos. Esta segunda es, a nuestro entender, la mejor alternativa (tal vez, la única) que debe seguir el camino que se tome al buscar un verdadero cambio inclusivo en nuestro sistema previsional.

II. Modelos de pensiones y laboralización

Sobre este punto, cabe recordar que desde la década de los ochenta del siglo pasado coexisten en el mundo dos modelos centrales de gestión de la seguridad social[2]:

2 Más allá de estos modelos (reparto y capitalización) existen otras alternativas como el sistema nocional. Sobre este tema, ver: Palmer, Edward. ¿Qué es el sistema de contribución definida nocional? En: VV.AA. Fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. Cuentas individuales por reparto, Bogotá, 2008, CEPAL, pp. 21-70.

1. Sistema de Reparto (SR)[3], fondo común solidario colectivo al que aportan todos los afiliados del régimen respectivo, sobre la base del recambio generacional: con los aportes de los trabajadores activos se pagan las prestaciones de los pensionistas (pay as you go).

   El SR se ha visto afectado en las últimas décadas por el incesante aumento de la longevidad, sumado a la baja tasa de natalidad (especialmente, en Europa), que impide un recambio real. En Latinoamérica, la crisis viene más bien por el lado económico y social, ante el incremento de la informalidad -que en el Perú supera el 70%- y la evasión del abono de aportes por los empleadores, lo que limita la capacidad financiera del sistema y el pago mismo de las pensiones.

2. Sistema de Capitalización Individual (SCI)[4], en el cual cada afiliado tiene una cuenta personal en la que se depositan sus aportes (obligatorios y voluntarios, con y sin fin previsional), su rentabilidad y el Bono de Reconocimiento (BdR) que eventualmente le corresponda por sus cotizaciones al sistema público.

   Al SCI lo afecta también la longevidad, la informalidad y la evasión[5], con la salvedad que en este régimen la pensión se paga con el aporte real a la cuenta del afiliado, mientras en algunos modelos públicos basta con la acreditación de labores, independientemente que el empleador haya o no abonado su cuota[6].

3 Aplicado, por ejemplo, en el Sistema Nacional de Pensiones (SNP, Decreto Ley N° 19990), administrado por el Estado a través de la Oficina de Normalización Previsional (ONP). En este régimen tenemos 4,5 millones de afiliados, bajo una relación de 3 trabajadores por cada pensionista, lo que origina que todos los meses el Estado tome del Tesoro Público 40 a 50 millones de Dólares Americanos para cubrir el pago de las planillas.

4 Aplicado en el Sistema Privado de Pensiones (SPP, Decreto Supremo N° 054-97-EF), administrado por empresas privadas (AFPs), bajo la supervisión del Estado, a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs (SBS). En este régimen tenemos 7,8 millones de afiliados.

5 Según la Asociación de AFPs, a diciembre 2020 la deuda de los empleadores (públicos y privados) con el SPP superaba los 20 mil millones de Soles: el 45 % de los mismos ya no existen, imposibilitando el cobro: mensualmente se presentan unas 10 mil demandas judiciales de cobro de aportaciones.

6 Ver: Decreto Ley N° 19990, artículo 70.

Estos dos modelos se aplican conjuntamente en el Perú desde diciembre de 1992[7], al disponerse la implementación de las AFPs bajo el esquema alterno. Cabe precisar que el sistema público está conformado -a su vez- por cuatro regímenes, a saber:

- El régimen de los militares y policías
- El régimen de los servidores públicos
- El régimen de los servidores diplomáticos
- El Sistema Nacional de Pensiones (SNP)

Esta convivencia de diversos y variados regímenes justifica que se califique al sistema como fragmentado; por otro lado, es excluyente porque la informalidad origina que de cada 10 trabajadores solo 3 tengan cobertura pensionaria; lo que resulta preocupante si recordamos que hacia el 2070 un 30% de la población será mayor de 60 años, como proyecta el INEI en el documento "Perú: Estimaciones y Proyecciones de la Población Nacional, 1950-2070. Boletín de Análisis Demográfico N° 38"[8].

Sea que elijamos el SR (ONP) o SCI (AFP) al momento de iniciar nuestra vida laboral, la posibilidad de pertenecer y aportar a un régimen pensionario estará necesariamente vinculada a la preexistencia de una relación de trabajo formal, lo que constituye una laboralización absurda e ilógica de una sistema previsional que forma parte de una realidad laboral de altísima informalidad.

III. Respuestas ante crisis financiera y sanitaria

Donde el SR tiene una afectación vinculada más a factores demográficos y sociales, el SCI se resiente ante impactos económicos derivados de la volatilidad de los mercados bancarios, financieros y bursátiles, en tanto los fondos de las AFPs

7 En el 2011 se creó el Programa Asistencial (no contributivo) Pensión 65, para mayores de 65 años en estado de pobreza extrema; en el 2015 se creó el Programa Contigo (no contributivo) para mayores de 18 años con incapacidad permanente y absoluta, en estado de pobreza extrema.

8 http://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-el-2021-ano-del-bicentenario-de-la-independencia-el-peru-contara-con-una-poblacion-de-33-millones-35-mil-304-habitantes-11624/. Consultado el 10 de mayo de 2021.

son invertidos en el país y el extranjero: la crisis del 2008[9], el caso Odebrecht[10] y el impacto económico -a nivel mundial e interno- de la COVID-19.

Entonces, si nuestro sistema previsional ya atravesó por impactos negativos similares en el pasado, ¿es posible aplicar las mismas medidas para paliar los efectos del virus? La respuesta tiene tres extremos: el primero, es que podemos usar fórmulas similares de (re) inversión prudente de los fondos, para procurar una recuperación medida de la rentabilidad (en el caso del SCI); el segundo, que para el SR el Estado debe aplicar un ajuste a los requisitos pensionarios[11] y complementarlo con bonos sociales; el tercero, que debemos trabajar cuanto antes en refundar el sistema previsional, para lo cual se deben tomar una serie de medidas conjuntas que analizaremos más adelante.

Existen dos objetivos principales para un sistema previsional: en primer lugar, lograr la máxima cobertura subjetiva y que la mayor cantidad personas posea una pensión, sea de invalidez, vejez o muerte; en segundo, que dichas prestaciones sean suficientes para cubrir todas sus necesidades básicas.

El sistema previsional enfrenta nuevamente problemas complicados por limitaciones y circunstancias que se irán incrementando a lo largo de los años -como hoy ocurre con la llegada de la COVID-19- por ello, es necesario implementar medidas correctivas que nos permitan lograr una protección adecuada para la mayoría, en especial, para los grupos de bajos ingresos, históricamente excluidos de los beneficios previsionales: si dejamos de lado las mejoras que se requieren será más oneroso, en el tiempo, para el Estado y la sociedad, pues originará la transferencia de mayor parte del costo social a las futuras generaciones. Esto no implica tomar medidas populistas y antitécnicas, tal cual ocurrió en el 2020, principalmente de parte del Poder Legislativo.

9 Ver los diversos e interesantes ensayos publicados en: VV.AA. Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones. Lima, 2009, Congreso de la República.

10 Con ocasión de la investigación penal iniciada contra constructoras nacionales vinculadas a la empresa brasilera, la rentabilidad en la Bolsa de Valores de Lima de éstas disminuyó considerablemente, al punto que impactaron en unos 700 millones de Soles la rentabilidad del SPP.

11 Como se ha hecho al implementar las pensiones proporcionales del SNP, que permiten jubilarse con 10 a 19 años de aportes: ver los Decretos Supremos N° 354-2020-EF y N° 282-2021-EF.

En efecto, inicialmente, el Poder Ejecutivo implementó algunas medidas que, a nuestro parecer, eran razonables y proporcionadas, pues permitían a los afiliados acceder a su cuenta individual para realizar retiros acotados y siempre condicionados a un estado de necesidad tangible y acreditable. Veamos:

1. Decreto de Urgencia N° 033-2020, que suspendió el descuento al trabajador del aporte al SPP por el mes de abril.
2. Decreto de Urgencia N° 034-2020, que autorizó el retiro de dos mil soles a los afiliados del SPP que tuvieran seis meses consecutivos sin aportar.
3. Decreto de Urgencia N° 038-2020, que autorizó el retiro de dos mil soles a los afiliados del SPP que pasaron al estado de suspensión perfecta de labores y/o no tuvieran aportes en febrero y marzo del 2020.

En paralelo, el Poder Legislativo decide participar de las medidas que utilizaron al SPP como medio para habilitar recursos a los afiliados, y regresando sobre los errores que cometieron en el 2016 (Leyes N° 30425 y N° 30478), aprueban por insistencia el retiro del 25%[12] de las cuentas de las AFP, sin que necesiten acreditar contingencia alguna (Ley N° 31017). Posteriormente, la Ley N° 31068, autoriza un segundo retiro, esta vez por cuatro UITs, pero solo si el afiliado estuviera 12 meses sin aportar o padeciera de enfermedad oncológica reconocida por entidad supervisada por SUSALUD; podría retirar hasta una UIT, si no registraba aportes en octubre. Finalmente, el 7 de mayo de 2021 aprueban la Ley N° 31192, que autoriza retirar hasta cuatro UITs sin acreditar contingencia. A la fecha, existen 4 millones de afiliados con cero soles en su cuenta.

Estos retiros serían inconstitucionales, por las siguientes razones:

a. Vulneran el contenido esencial del derecho a la pensión previsto por el Tribunal Constitucional en el fundamento 107 de la STC N° 0050-2004-AI/TC, pues se limita el acceso a una pensión (mínima).
b. Vulnera la intangibilidad de los fondos previsionales establecida por el artículo 12 de la Constitución, pues estos solo pueden ser utilizados para el pago de las pensiones, sin contemplar supuestos de retiro, devolución o similares.

12 Por un mínimo de una y un máximo de tres UITs.

De hecho, el Congreso de la República también pretendió extender dicha posibilidad al SNP, al dictar la Ley N° 31083, que aprobó un programa de devolución de aportes, soslayando la naturaleza del SR: dicha norma fue declarada inconstitucional -por unanimidad- por el Tribunal Constitucional (ver: STC N° 00016-2020-PI/TC).

El mensaje implícito de este paquete normativo es que los fondos del SPP pueden ser utilizados por los afiliados ante cualquier situación de emergencia, liberando en cierta forma al Poder Ejecutivo de asumir mecanismos de apoyo financiero paralelos que no afecten los ahorros previsionales de los afiliados, poniendo en riesgo la percepción de una pensión futura digna.

IV. Propuestas para refundar el sistema previsional

Con el fin impedir el desmantelamiento de las instituciones de la seguridad social y, a la vez, proyectar un ajuste integral del modelo actual de coexistencia paralela del SR y el SCI (laboralizados), proponemos algunas ideas que podrían servir de inicio para una discusión dirigida a implementar un sistema integrado e inclusivo:

1. Valorar a la seguridad social como un derecho humano

En el artículo 10 de la Constitución se reconoce a la seguridad social como un derecho universal, pero progresivo. Esto implica que su finalidad es obtener la protección de la totalidad de peruanos; lo que resulta de momento -y en el mediano plazo- inviable, en tanto no se cuenta con los recursos financieros suficientes: por ello, se coloca como un freno sutil la referencia a su carácter progresivo (materialización gradual).

Pese a dicho baremo, no debemos olvidar que la seguridad social, además de ser un avanzado mecanismo de protección social es un servicio público; por ello, debería ser utilizado como una de las estrategias políticas, económicas y sociales más importantes para cualquier país, más allá del tipo de gobierno o perfil ideológico del gobernante, sin embargo, como sostiene Ruiz Moreno[13], "no es extraño que hoy día a

13 Ruiz Moreno, Ángel. Retos y desafíos de la seguridad social contemporánea: entre la realidad y la utopía. En: Revista Jurídica Jalisciense N° 1, 2010, Universidad de

muchos les suene el concepto a mero postulado de corte político, una simple entelequia, al no entenderse la trascendencia de lo que significa e implica: un derecho humano y social de todos, inalienable e irrenunciable, establecido como un servicio que debe brindar el Estado como responsable primario y final del sistema, atento a lo previsto en los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos".

Si bien por el artículo 11 de nuestra Carta Magna el Estado garantiza el acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas, la fiscalización y supervisión que realiza a través de las Superintendencias respectivas debería afinar sus acciones para dirigirlas siempre a priorizar aquellas necesidades básicas de los afiliados, pues estamos ante un derecho humano que merece respeto y un tratamiento adecuado, blindado por el principio protector (in dubio pro homine), tanto en la formulación como en la interpretación normativa: el respeto de la dignidad humana es el fin supremo del Estado y la sociedad.

Reconocemos el derecho de las AFPs y las EPSs de obtener un beneficio por la ejecución de sus servicios, pero debemos evitar que -como ha ocurrido antaño- en los casos que se presentan circunstancias inesperadas o inevitables, se priorice la protección de los recursos previsionales y el acceso a prestaciones dignas para los afiliados, antes que la atención del pago de comisiones o conceptos similares, como ocurrió a finales del 2008, luego de la crisis financiera internacional[14].

La seguridad social es un derecho humano que reconoce como titular a la persona respetando la dignidad y satisfaciendo las necesidades básicas del mundo[15], ante las contingencias sociales.

Guadalajara, pp. 126-127.

14 De hecho, en el numeral 1.4 de la Parte Resolutiva de la STC N° 0014-2007-AI/TC, el Tribunal Constitucional señaló textualmente que: "De conformidad con los fundamentos 36 a 38 supra, se exhorta al legislador ya la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para que, en el más breve plazo posible, **emitan las normas dirigidas a que las pérdidas generadas como consecuencia del riesgo en la administración de los fondos privados de pensiones, sean asumidas también por el patrimonio de las AFPs**, incluyendo un porcentaje de las comisiones que como retribución reciben". Hasta la fecha, dicha exhortación no ha sido atendida.

15 Canessa Montejo, Miguel. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la protección de los derechos humanos laborales. Lima, 2014, Palestra, p. 22.

2. Deslaboralizar el acceso al derecho a la pensión

Si bien el antecedente inmediato de la seguridad social fue el seguro social que se creó en 1883 en Prusia (Otto Von Bismarck), bajo un modelo contributivo tripartito y un fondo al cual aportaban de manera conjunta empleador, trabajador y Estado, que solo brindaba beneficios a sus asegurados (afiliados pagantes); nosotros nos adscribimos al concepto elaborado en 1942 por William Beveridge (Inglaterra), en el cual la universalidad, la solidaridad y la integralidad son las tres columnas base que procuran brindar protección a todos, desde la cuna hasta la tumba.

Bajo dicha perspectiva, pensar en un sistema como el peruano, que condiciona la pertenencia a un régimen previsional a la existencia de una relación laboral -sea dependiente o independiente-, resulta incongruente no solo con la naturaleza del referido concepto, sino principalmente con nuestra realidad, que está impregnada hasta la médula por la informalidad: que solo 3 de cada 10 trabajadores tenga una protección pensionaria es suficiente para decretar el fracaso de este modelo[16].

Es posiblemente esta subordinación inicial de los trabajadores asalariados a dicho régimen contributivo (seguro social), que subsistió en nuestro país hasta el 2011, que se creó Pensión 65, la que ha mantenido vigente la conexión con el Derecho del Trabajo, ante la permanencia de los regímenes públicos tradicionales del SR.

Como reconocía Neves[17], al comentar la Constitución de 1979 y el proyecto de Carta Magna de 1993, "pese a que la autonomía de la seguridad social es hoy reconocida de modo prácticamente unánime por la legislación y la doctrina, hay un evidente campo de interacción entre esta disciplina y el Derecho del Trabajo, que está conformado por la porción de la seguridad social que corresponde a los trabajadores". A nuestro entender, esa porción es en puridad seguro social.

16 Por esa razón, en el 2014 el Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico presentó un informe titulado "El Sistema Previsional del Perú: diagnóstico 1996-2013, proyecciones 2014-2050 y reforma", que postulaba el cierre de los regímenes de pensiones y, en su reemplazo (con cargo al Tesoro Público, vía un impuesto ad hoc), el pago de una prestación de vejez para todos los mayores de 65 años.

17 Neves Mujica, Javier. La Seguridad Social en la Constitución. En: VV.AA. La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación. Lima, 1987, Cultural Cuzco S.A., p. 182.

Es imprescindible reconocer la autonomía de la seguridad social, superando así la etapa del seguro social, que está íntimamente ligado a la laboralidad, que resulta una condición lejana en nuestra realidad actual, pues el horizonte debe ser que la mayor parte -sino la totalidad, en un futuro- pueda acceder a una pensión digna y suficiente, que permita a cada individuo la atención de sus necesidades básicas.

Un elemento clave para iniciar este proceso de deslaboralización de la seguridad social en pensiones sería la implementación de programas educativos en todos los niveles formativos (desde inicial hasta superior), que permitan cimentar la base de una verdadera cultura previsional, que demuestre la necesidad de formar parte del sistema pensionario como mecanismo de tutela personal, familiar y social, en la medida que estamos ante un derecho-deber que el afiliado debe asumir al ser parte de una sociedad que, para construir un modelo universal eficiente, necesita del concurso de todos los ciudadanos mediante la solidaridad, que no constituye -como algunos creen- un subsidio social: no se trata de un factor opcional, sino de un elemento indispensable para que la seguridad social sea lo que debe ser.[18]

3. Implementar un cambio estructural: modelo multipilar

La columna vertebral de nuestro sistema de pensiones responde a un modelo de corte contributivo, obligatorio y dual (paralelo), laboralizado casi en su totalidad, sea bajo el formato del SR o del SCI. Si bien es cierto, desde el 2011 y 2015 se han sumado en paralelo los programas no contributivos Pensión 65 y Contigo, el objetivo del Estado no debería enfocarse en reformar lo existente y ampliar dichos mecanismos asistenciales, pagados a integridad con cargo al Tesoro Público, lo que contraviene la prohibición prevista -desde el 2004 (Ley N° 28389)- en el penúltimo párrafo de la Primera Disposición Final de la Constitución, que dice:

> "… Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación".

18 Américo Plá, citado por: Gonzáles, César y Paitán, Javier. El derecho a la Seguridad Social. Lima, 2017, Fondo Editorial PUCP, p. 32.

Según el Informe Final de la Comisión de Protección Social[19], en nuestro sistema de pensiones se han identificado las siguientes deficiencias:

- Un modelo altamente fragmentado y carente de visión integral, conformado por dos regímenes contributivos y en constante competencia: los trabajadores con mayores ingresos y puestos de trabajo relativamente estables prefieren a las AFPs, mientras que aquellos con ingresos bajos optan por la ONP, haciendo cada vez más insostenible el modelo alternativo;
- Un nivel de cobertura bajo y deficiente, producto de un sistema enfocado en el mercado formal (trabajadores asalariados): solo 28% de la fuerza laboral está afiliada al sistema contributivo de pensiones;
- La existencia de pensiones insuficientes e inequitativas;
- El desaprovechamiento de economías de escala y del mercado oligopólico de las AFPs;
- Una gestión de portafolios cortoplacista por parte de las AFPs y la existencia de dificultades -en el SPP- para acceder a esquemas de retiro simples, que les asegure a los afiliados la estabilidad de los ingresos en la jubilación a costos razonables, frente a un incremento persistente en la esperanza de vida; y,
- La ausencia de información y asesoría financiera adecuada, independiente, activa, simple y de fácil acceso para los afiliados del SPP.

A estos problemas -detectados en el 2017- se suma la informalidad, la afiliación voluntaria de los trabajadores independientes, el surgimiento de nuevas formas de laboralidad aparente (como los servicios de plataformas virtuales de servicios), la evasión del pago de los aportes previsionales y -el más grave actualmente- el envejecimiento poblacional[20]

19 Comisión de Protección Social. Propuestas de reformas en el sistema de pensiones, financiamiento en la salud y seguro de desempleo. Lima, 2017, pp. 9-15.

20 En el 2018 la Organización Mundial de la Salud incluyó -por primera- vez a la vejez en la Clasificación Internacional de Enfermedades, bajo la nomenclatura MG2A. Si es una enfermedad, ¿puede ser curada?

y la longevidad, que harán inviables financieramente los esquemas de jubilación vigentes hoy en día en todo el mundo[21].

Necesitamos contar con políticas públicas de protección social en pensiones de mediano y largo plazo, con esquemas bien diseñados y la sostenibilidad financiera suficiente, que dejen de lado el sistema actual laboralizado, para lo cual resulta un punto de partida válido en este debate la propuesta contenida en el Informe Final de la Comisión Multipartidaria del Congreso de la República (Proyecto de Ley N° 7042/2020-CR)[22] que postula dejar de lado el SR y el SC, reemplazándolos por un modelo multipilar[23] con capitalización conjunta (colectiva e individual), en base a una Ley Marco de implementación del Sistema Integrado Universal de Pensiones (SIUP), que se estructura bajo el siguiente esquema:

a. Pilar N° 1 (prevención de pobreza), que incorporará a los actuales y futuros beneficiarios de los programas Pensión 65 y Contigo, que actualmente están adscritos al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS). Será pagado en su integridad por el Estado, al ser un régimen no contributivo asistencial.

b. Pilar N° 2 (contributivo obligatorio mixto), en el cual cada afiliado tendrá una Cuenta Personal Previsional (CPP), que a su vez estará conformada por dos subcuentas rentabilizadas, a saber:

    - Fondo de Riesgo Compartido (capitalización colectiva): porcentaje menor del aporte que se destinará a la garantía de una pensión segura mínima (PSM) para todos los afiliados, sin excepción[24].

21 Mientras proyectos como el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre Envejecimiento (ONU, 2002) buscan soluciones al financiamiento de la vejez en longevidad, empresas como CALICO - California Live Company (de Google), Life Length y Halcyon Molecular, trabajan en extender aún más la vida humana.

22 https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL07042-20210204.pdf

23 Banco Mundial. Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento. Nueva York, 1994, Oxford University Press.

24 De no cumplirse los requisitos mínimos de edad (65 años) y aportes regulares (240 cotizaciones) y/o de las pensiones proporcionales, se prevé expresamente la devolución de las cotizaciones rentabilizadas.

- Fondo de Riesgo Individual (capitalización personal): porcentaje mayor del aporte que brindará el monto adicional a cada afiliado -según su realidad económica laboral- sobre la pensión mínima universal.

Por ejemplo, si el aporte fuera fijado en 15%, un 3% iría al FRC y la diferencia (12%) al FRI, asegurando a todos los afiliados una PSM construida sobre una verdadera solidaridad previsional, hoy ausente en el SPP[25].

c. Pilar N° 3 (ahorro voluntario), constituido por los aportes que realice el afiliado con o sin fin previsional, para incrementar aún más el contenido de su CPP.

Si bien el proyecto delega en el Reglamento lo relativo al traslado gradual de los afiliados del SNP y SPP al SIUP, como la determinación de la edad (numeral 9.2 del artículo 9), entendemos que se aplicaría una fórmula similar a la utilizada en Chile al crearse las AFPs en 1980: los menores de 40 años obligatoriamente se pasarían al nuevo sistema, pero los mayores de 40 podrán elegir mantenerse en los regímenes vigentes (ONP o AFP) o trasladarse, generando así un periodo de transición natural y vigencia temporal.

Cabe precisar que el proyecto tiene aspectos cuestionables y perfectibles, como la administración estatal del SIUP[26], cuando pudo ser una gestión mixta (Pilar N° 1 y FRC del Pilar N° 2, a cargo de la ONP; FRI del Pilar N° 2 y Pilar N° 3, a cargo de las AFPs), utilizando a los gestores del sistema actual, en lugar de tener que crear una nueva entidad pública (Autoridad del SIUP: artículo 28).

Por otro lado, encontramos aspectos positivos, dentro de los cuales destacan con nitidez la afiliación obligatoria gradual de los trabajado-

25 No compartimos la hipótesis de que en las AFPs existiría una solidaridad indirecta, en tanto beneficios como el BdR o la pensión mínima son pagados con cargo al Tesoro Público (los impuestos de todos); sin embargo, consideramos que el SPP sí es parte de la seguridad social, aunque con características y reglas distintas al modelo tradicional de Beveridge, bajo una suerte de cuasi previsionalidad.

26 En las oportunidades que el Estado ha administrado en solitario regímenes de pensiones, el resultado no ha sido óptimo, como ocurrió con el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS).

res independientes menores de 40 años[27] y la creación de la Oficina de Promoción de la Cultura Previsional, que en coordinación con el Ministerio de Educación incluirían en el Plan Curricular dicha disciplina en todas las etapas, modalidades y niveles del sistema educativo.

Dejamos constancia que esta no es la primera vez que se propone implementar el modelo multipilar: en el 2007 -hace 14 años- el Colegio de Abogados de Arequipa presentó una iniciativa legislativa (Proyecto de Ley N° 1929/2007-CP), que fuera elaborada por los profesores Javier Neves, César Gonzáles y Christian Sánchez, pero lamentablemente no fue debatida en su oportunidad.

4. Incluir ajustes paramétricos complementarios

La refundación del sistema previsional debe complementarse con algunos ajustes paramétricos, dentro de los cuales destacamos los siguientes:

- El incremento de la edad jubilatoria;
- Establecer la contribución tripartita o, al menos, restituir la bipartita: empleador y trabajador;
- Alinear la fórmula de cálculo de la pensión con la remuneración;
- Reducir los supuestos de jubilación anticipada;
- Suprimir los mecanismos de retiro o devolución de aportes;
- Entre otros.

En estos ajustes deben tomarse en cuenta los factores económicos, demográficos y políticos que caracterizan a nuestro país, teniendo como marco principal tanto los derechos como los principios previstos por la Constitución, los convenios de la OIT, suscritos por el Perú, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en materia previsional.

Todo ello, sin embargo, será imposible si el primer paso que tome el Estado en la búsqueda de un nuevo sistema de pensiones, integrado e inclusivo, no se enfoca en implementar una política pública de reduc-

27 En el artículo 32 del proyecto se prevé incentivos vinculados a dicha afiliación, como el copago de los aportes (matching contribution), el capital semilla, la cobertura de salud, entre otros.

ción de la informalidad laboral, que si bien algunos sectores -como el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo[28]- y desde la academia[29] se vienen postulando desde hace muchos años, hasta la fecha no han tenido un eco tangible dentro de la política nacional.

Resulta claro que no se trata de medidas populares, en especial, el aumento de la edad jubilatoria; sin embargo, son ajustes indispensables e inevitables que deben concurrir con la implementación del nuevo modelo multipilar, o el que finalmente se determine. La refundación del nuevo sistema pensionario debe considerar una evaluación integral de nuestra realidad y llevarse a cabo como consecuencia de un debate en el cual participen todos los integrantes de la relación previsional: los trabajadores, los empleadores, los independientes, los informales, los jóvenes, los sindicatos, las entidades técnicas y los Ministerios involucrados en el tema, para así blindar su validación y legitimación social, de cara a futuros cuestionamientos que seguramente no faltarán. No existe el modelo perfecto, pero en la elaboración del nuevo mecanismo debemos pensar que la única solución puede partir de una integración de condimentos (factores) netamente peruanos.

V. Necesaria viabilidad económica y financiera

Finalmente, pero tal vez siendo lo más importante, la refundación debe tener como guía permanente la existencia real de una viabilidad económica y financiera que le permita mantenerse y sostenerse en el tiempo, y que de acuerdo a lo previsto en la Primera y Segunda Disposiciones Finales de la Constitución, se incardinará dentro de las previsiones presupuestarias las posibilidades del país.

Como reconoce Barr[30], ni el modelo de capitalización, ni el multipilar son mejores que el antiguo sistema de reparto. Partiendo de lo que llama "mitos o guías engañosas de política", llega a las siguientes conclusiones:

---

28 Ver, por ejemplo, la Resolución Ministerial N° 071-2018-TR, que aprobó la Estrategia Sectorial para la Formalización Laboral 2018-2021.

29 Por todos, con mirada actual en pandemia: Lavado, Pablo y Yamada, Gustavo. Empleo e informalidad laboral en la nueva normalidad. Lima, 2021, CIES.

30 Barr, Nicholas. Reforming pensions: myths, truths and policy choices. Washington D.C., 2000, FMI (Working Paper), pp. 47-49.

- La variable clave es una administración eficaz. No es posible sacar al gobierno del negocio de las pensiones.
- Desde una perspectiva económica, la diferencia entre capitalización y reparto es de segundo orden, pues son solo mecanismos financieros de organización. Su importancia es de política económica, dependiendo de cada país en un momento histórico específico.
- Un conjunto de objetivos puede lograrse de diferentes maneras. Existen países industrializados que aplican con relativo éxito modelos pensionarios que son completamente distintos.
- La gama de posibles opciones sobre un diseño de pensiones es amplia. La gestión del Estado puede ser optimizada, pero no debe ser minimizada.

En un trabajo posterior[31] precisó además que los sistemas de pensiones se exponen a cambios demográficos, perturbaciones macroeconómicas y riesgos políticos, pero los sistemas privados de capitalización suponen además otros riesgos, a saber:

1. Riesgo de gestión, por incompetencia o fraude del administrador, situación que consumidores imperfectamente informados -como en el caso peruano- quedan imposibilitados de monitorear efectivamente.
2. Riesgo de inversión, pues los fondos de pensiones que cotizan en bolsa son vulnerables a las fluctuaciones del mercado, por tanto, si la jubilación es a los 65 años, el valor acumulado obedecerá, en cierta medida, al azar.
3. Riesgo en el mercado de rentas vitalicias, que depende del monto acumulado, la esperanza de vida restante del afiliado y la tasa de retorno que la compañía de seguros pueda prever para ese periodo, es decir, variables vinculadas a riesgos e incertidumbres considerables.

Para Mesa-Lago[32], uno de los aspectos más cruciales de toda reforma pensionaria es la determinación del costo fiscal durante el periodo de transición;

31 Barr, Nicholas. Sistemas de contribución definida nocional: consideraciones básicas, en VV.AA. Fortalecer los sistemas de pensiones latinoamericanos. Cuentas individuales por reparto, Bogotá, 2008, CEPAL, p. 77.

32 Mesa-Lago, Carmelo. Estudio comparativo de los costos fiscales en la transición de ocho reformas de pensiones en América Latina. Santiago de Chile, 2000, CEPAL, pp. 7-8.

es decir, los gastos que el Estado -y el sistema- ha asumido y tendrá que pagar en el tiempo. Desde su perspectiva, independientemente del modelo aplicado (sustitutivo, paralelo o mixto), serán cuatros los factores que determinarán dicho costo fiscal:

- La edad de la población, la antigüedad del programa y la cobertura poblacional.
- Las responsabilidades asumidas por el Estado durante la transición: BdR, pensión mínima, bonos complementarios, entre otros gastos.
- Las condiciones de adquisición de derechos en el programa público.
- Las cotizaciones salariales al programa público.

Las estimaciones y proyecciones a las que llega, demuestran que el costo fiscal de una reforma (o refundación) previsional siempre será menor del que hubiera tenido que asumir el Estado de no haber modificado su régimen de pensiones, manteniendo directamente la gestión del sistema público de reparto simple.

Feldestein[33] sostiene que la pérdida de bienestar derivada de distorsiones del mercado de trabajo no sería el único efecto adverso del sistema tradicional, ni siquiera el más grande. Cada generación, después de la inicial, perdería, siendo obligados a participar en un programa de bajo rendimiento y forzados a aceptar un valor implícito del 2.6%, cuando el margen real del capital es del 9.3%.

Como hemos adelantado, la elección del sistema de pensiones que en definitiva se va a adoptar es una decisión política, pero previo a ella es necesario que se cuente con el sustento técnico que justifique la determinación del modelo específico, lo que a su vez requiere un debate previo en el que participen todos los actores del tema previsional, para legitimar el cambio: el objetivo final debe ser la mejora del nivel de las pensiones, la mayor inclusión de beneficiarios y su sostenibilidad económica en el tiempo. Pueden fijarse objetivos adicionales, pero todos deben estar subordinados a estos propósitos.

Como reconocen algunos autores[34], intentar proporcionar ingresos estables en la vejez es un reto enorme en un mundo cambiante. Los sistemas de pen-

33 Feldestein, Martin. Privatizing Social Security. Chicago, 1998, University of Chicago Press, p. 8.

34 Gillion, Collin (et al). Pensiones de seguridad social. Desarrollo y reforma. Madrid, 2002, OIT, pp. 51-52.

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

a. Demográficos, derivados de los cambios en las tasas de natalidad y mortalidad, así como en circunstancias como la longevidad.
b. Económicos, debido a las variaciones de las tasas de crecimiento de los salarios, de los precios y la rentabilidad de los mercados financieros y bursátiles.
c. Políticos, provocados por la ruptura de la continuidad en los procesos de decisión gubernamental, que impiden desarrollar planes a largo plazo.
d. Institucionales, por las posibles fallas de gestión en los organismos a cargo de la administración y/o la supervisión del manejo de las prestaciones.
e. Individuales, derivados de la incertidumbre acerca del desarrollo de la futura vida laboral de cada persona.

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

La crisis sanitaria, económica y social que se ha generado por la COVID-19 puede ser la justificación esperada para dar inicio a la refundación previsional que está pendiente desde hace varios años. Que todo lo que se está padeciendo no sea en vano.

VI. Conclusiones

1. Con ocasión de la pandemia de la COVID-19 se ha agravado la situación de precariedad de nuestro sistema de pensiones, de por sí fragmentado y excluyente, pues producto de su informalidad, ha quedado en manifiesto la ausencia de razonabilidad de mantenerlo como un mecanismo vinculado -para su afiliación- a la preexistencia de un vínculo laboral, cuando 7 u 8 de cada 10 peruanos no tiene un contrato de trabajo.

2. La convivencia de diversos y variados regímenes justifica que se califique al sistema como fragmentado; por otro lado, es excluyente porque la informalidad origina que de cada 10 trabajadores solo 3 tengan cobertura pensionaria; lo que resulta preocupante si recordamos que hacia el 2070 un 30% de la población será mayor de 60 años, como proyecta el INEI en el documento "Perú: Estimaciones y Proyecciones de la Población Nacional, 1950-2070. Boletín de Análisis Demográfico N° 38".
3. El mensaje implícito del paquete normativo del Poder Ejecutivo y el Congreso de la República durante el 2020 y 2021, es que los fondos del SPP pueden ser utilizados por los afiliados ante cualquier situación de emergencia, liberando en cierta forma al Estado de asumir mecanismos de apoyo financiero paralelos que no afecten los ahorros previsionales de los afiliados, poniendo en riesgo la percepción de una pensión futura digna.
4. Con el fin impedir el desmantelamiento de las instituciones de la seguridad social y, a la vez, proyectar un ajuste integral del modelo actual de coexistencia paralela del SR y el SCI (laboralizados), proponemos algunas ideas que podrían servir de inicio para una discusión dirigida a implementar un sistema integrado e inclusivo, que están detalladas en el capítulo IV del presente ensayo.
5. La refundación debe tener como guía permanente la existencia real de una viabilidad económica y financiera que le permita mantenerse y sostenerse en el tiempo, y que de acuerdo a lo previsto en la Primera y Segunda Disposiciones Finales de la Constitución, se incardinará dentro de las previsiones presupuestarias las posibilidades del país.

GESTIÓN SISTÉMICA ESTATAL DEL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO
UNA PROPUESTA

Estela Ospina Salinas*

Sumilla: I. Introducción. II. Experiencias internacionales. III. El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo en el Perú: Ausencia de gestión sistémica. IV. Lineamientos de propuestas sobre el enfoque sistémico y de calidad para el aseguramiento de los riesgos del trabajo. V. Bibliografía.

I. Introducción

El mecanismo de aseguramiento de los riesgos en el trabajo es de especial interés en tiempos de la pandemia por la Covid 19. En el Perú, este mecanismo está a cargo del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), el cual establece que las organizaciones, privadas o públicas, pueden optar a través de una selección alternativa, entre una entidad privada u otra pública. Para el otorgamiento de las prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales se puede contratar con el EsSalud (pública) o con la Entidad Prestadora de Salud (EPS-privada) elegida conforme al artículo 15 de la Ley Nº 26790. Para las prestaciones económicas, a cargo de pensiones de invalidez temporal o permanente, de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, se puede

* Abogada. Maestrías en Derecho del Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales. Docente en PUCP Código ORCID: 0000-0002-5361-9777 y RENACYT: P0012836. Miembro de Thani, Mujeres protegiendo el Trabajo Decente

contratar con la Oficina de Normalización Previsional (ONP-pública) o con compañías de seguros debidamente acreditadas (privada).

El SCTR mantiene su vigencia por más de 24 años a pesar de los diversos intentos de reforma y de modificaciones parciales a lo largo de este tiempo. Las diversas comisiones técnicas, tripartitas, de expertas y expertos han propuesto mejoras, las cuales han sido resistidas por el sector privado. A pesar de evidenciarse que el SCTR se ha precarizado a partir de su errada ubicación como un "seguro" adicional en el mercado de los seguros privados, cuyo énfasis es el afán de lucro. En realidad, se trata de un mecanismo de aseguramiento de los riesgos del trabajo de la seguridad social, específicamente de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales; de naturaleza no lucrativa.

La autora coincide con Duran cuando reconoce que existen cinco principios internacionales del aseguramiento de los riesgos del trabajo y menciona a la responsabilidad objetiva, la universalidad subjetiva, la automaticidad, la integralidad o suficiencia y la unidad o uniformidad (Durán, 2005). El presente artículo se centra en el componente de la unidad o uniformidad en la gestión del SCTR.

Este principio establece la necesidad e importancia de una instancia superior que permita desarrollar desde el Estado en forma centralizada, una gestión sistémica. Los aspectos fundamentales son la rectoría institucional desde el Estado y la supervisión del cumplimiento de la legislación y, por tanto, del correcto funcionamiento de la seguridad social en el país. "Estas funciones, también conocidas como de "modulación" del sistema, han de garantizar que el régimen (único) de prestaciones aplicable a cada asegurado sea el mismo independientemente de la forma que asuma la parte operativa del sistema". (Durán, 2005)

Este principio establece que siendo el modelo de aseguramiento de riesgos del trabajo que se trate, el obligado al pago es el empleador y debe "estar sujeto al mismo régimen de obligaciones (uniformidad para el empresario)". Mientras, que la o el trabajador es el usuario o beneficiario del modelo de aseguramiento de riesgos del trabajo y es "sujeto a las mismas prestaciones (uniformidad para el trabajador)". El aspecto esencial del modelo consiste en "garantizar la equidad en el acceso a la protección". Durán subraya que el principio bajo comentario admite la gestión operativa pública con la gestión privada, debido a que desde el "derecho a la seguridad social es el acceso efectivo a la protección". (Durán, 2005)

El presente artículo tiene como objetivo presentar alternativas frente a la ausencia de una gestión estatal y sistémica del aseguramiento de riesgos del trabajo que forma parte de la seguridad social en el país. Se parte de analizar brevemente, las experiencias de Argentina, Chile, Colombia y España debido a que son países cuyos modelos de aseguramiento de riesgos del trabajo implican la intervención del sector privado, como parte de las entidades prestadoras. A continuación, se presentan las características de esa ausencia de una gestión sistémica en la regulación y fiscalización del SCTR. Para culminar con algunos lineamientos de propuestas de gestión estatal sistémica y acorde a las exigencias de un país que se encuentra bajo los efectos de la pandemia del Covid 19, en pleno Siglo XXI.

II. Experiencias internacionales

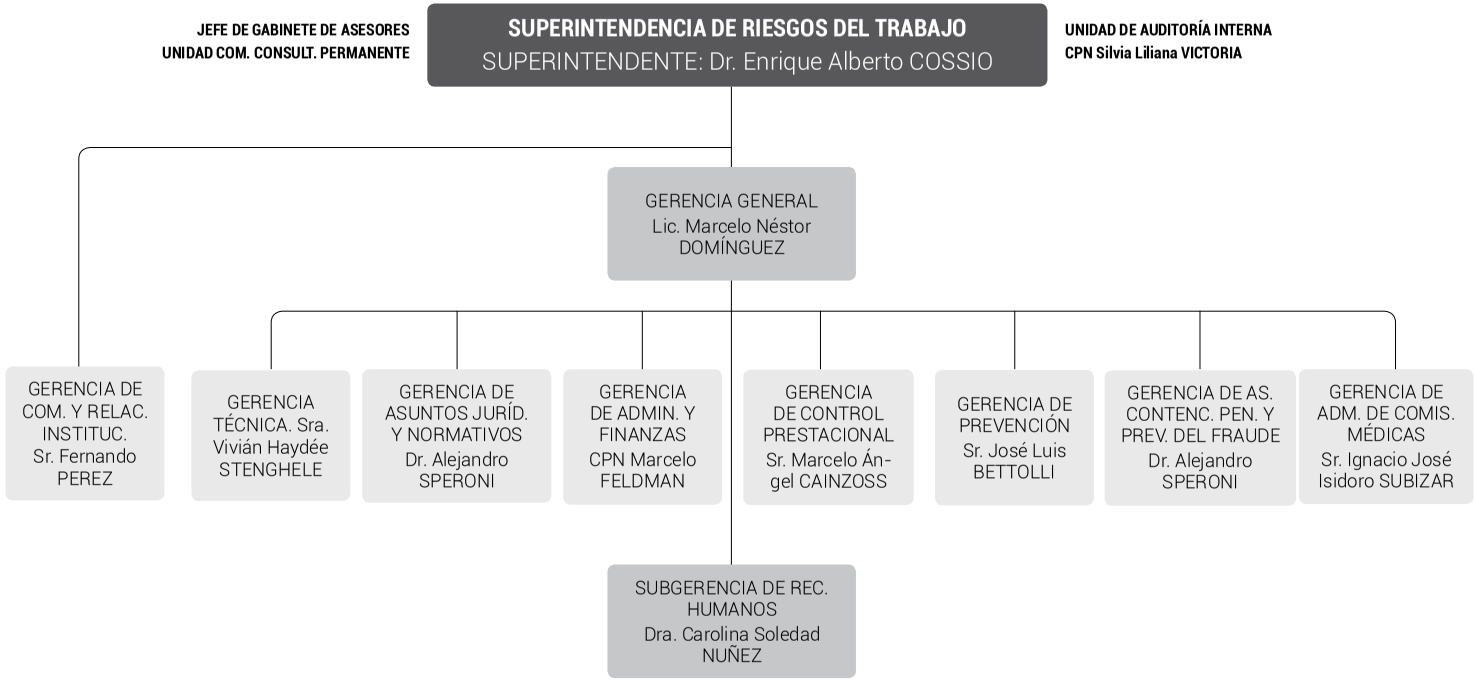
La revisión de la experiencia comparada internacional contribuye a conocer y evaluar de manera crítica la realidad nacional; en este caso, centrada en el análisis del principio de unidad o de uniformidad en el modelo nacional de aseguramiento de riesgos del trabajo. Se presenta en forma resumida la situación en Argentina, Chile, Colombia y España.

Argentina

La Ley 24.557 sobre Riesgos del Trabajo (LRT) publicada en septiembre de1995, operó en julio de 1996 y creó las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART). Se trata de "empresas privadas controladas por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) y por la Superintendencia de Seguros de la Nación, encargadas de brindar las prestaciones correspondientes y establecer las acciones de prevención". (MTPE, 2020). Se trata de un modelo de aseguramiento de riesgos del trabajo bajo la seguridad social, con gestión privada y bajo gestión uniforme de la SRT, excepto en algunas provincias.

La Superintendencia de Riesgos del Trabajo en la entidad que promueve "ambientes laborales sanos y seguros y controlamos que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) otorguen las prestaciones médico-asistenciales y dinerarias en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales" y es una entidad autónoma del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de Argentina. Es la instancia que centraliza y unifica la gestión de las ART a nivel nacional y controlan las prestaciones por los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2021)

Gráfico No. 1
Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Argentina.



Fuente: Superintendencia de Riesgos del Trabajo (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2021)

Chile

La Ley 16.744 en 1968 estableció el seguro social obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a cargo de las mutualidades. No sólo cubre la protección de "los trabajadores en el aspecto médico y económico, sino que también obliga al empleador y al trabajador a realizar actividades de prevención de contingencias laborales". (MTPE, 2020). De conformidad con el inciso quinto, artículo 12 de la Ley N°16.744, las mutualidades están bajo la fiscalización de la Superintendencia de Seguridad Social. Se trata de un modelo de aseguramiento de riesgos del trabajo bajo la seguridad social, con gestión privada y bajo gestión integrada de la Superintendencia de la Seguridad Social.

Gráfico No. 2
Superintendencia de Seguridad Social. Chile

Fuente: Superintendencia de Seguridad Social. Chile (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2021)

Colombia

La Ley 1562 del 11 de julio de 2012 modificó el Sistema de Riesgos Laborales y se dictaron otras disposiciones en materia de salud ocupacional Las entidades aseguradoras son las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL) son aseguradoras privadas sin fines de lucro que cubren riesgos laborales, incluye el accidente in itinere. (Ministerio de Trabajo, 2021). Las ARL forman parte de la seguridad social integral colombiana. Se trata de un modelo de aseguramiento de riesgos del trabajo bajo la seguridad social, con gestión privada y bajo gestión uniforme de la Superintendencia Financiera. Se trata de un "organismo encargado de controlar, autorizar, vigilar y garantizar el ejercicio de la libre competencia y la calidad del servicio de las Administradoras de Riesgos Laborales" (Ministerio de Trabajo, 2021)

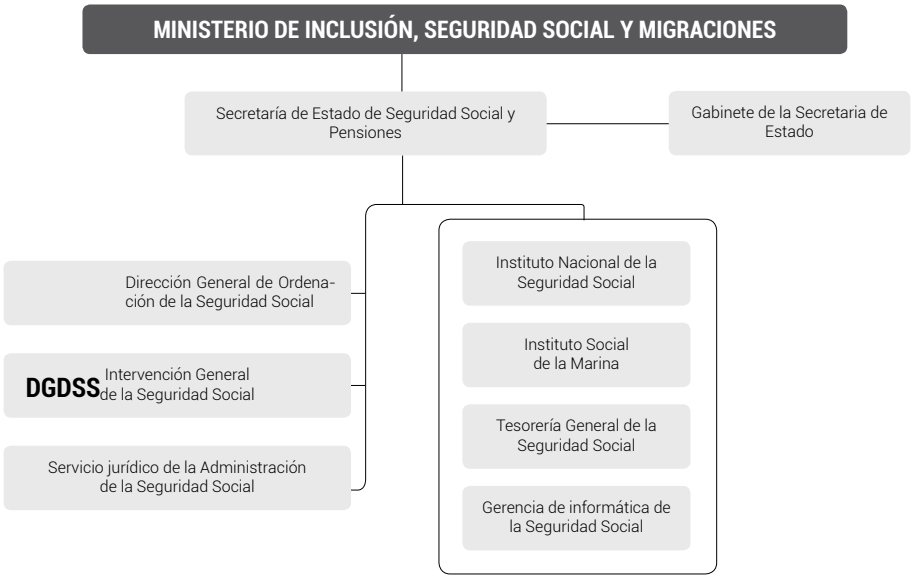
España

El Real Decreto 1993/1995 Ley General de Seguridad Social y sus modificaciones establece que las Mutuas son asociaciones de empresarios sin ánimo de lucro que colabora con el sistema de Seguridad Social en la gestión de importantes prestaciones del sistema de Seguridad Social como son las contingencias profesionales, la incapacidad temporal o el cese de actividad de los trabajadores autónomos. En España existen un total de 20 Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, repartidas por todo el territorio nacional. Las Mutuas son parte de la seguridad social española. Se trata de un modelo de aseguramiento de riesgos del trabajo bajo la seguridad social, con gestión privada y bajo gestión uniforme de la Seguridad Social. (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones , 2021)

La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) establece entre sus funciones sobre las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social que se encargan de la realización del seguimiento en el orden económico y presupuestario de las entidades gestoras, servicios comunes y Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, así como sus Centros Mancomunados, junto con la recepción, análisis, elaboración y publicación en internet de la información relativa a las prestaciones económicas gestionadas por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. También se encargan de la tramitación de las modificaciones presupuestarias correspondientes a Entidades Gestoras, Servicios Comunes y Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y sus Centros Mancomunados. De igual

manera, se encargan del estudio e informe sobre los instrumentos de previsión social complementaria para su desarrollo, coherencia y compatibilidad con el sistema de prestaciones de Seguridad Social y la elaboración de propuestas normativas relativas a los principios y regímenes de coordinación entre las pensiones públicas y complementarias en el ámbito laboral. Asumen, el conocimiento y evaluación de la gestión y de la situación económica y financiera de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y de sus Centros Mancomunados, formulando las iniciativas y propuestas pertinentes o adoptando las medidas que legalmente correspondan en los supuestos de deficiencias o de desequilibrios puestos de manifiesto. Establecen la dirección y tutela de la gestión de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y de las empresas colaboradoras. Así como, la ordenación de la prevención de riesgos laborales con cargo a cuotas de Seguridad Social. También, la elaboración de la Memoria económico-financiera y de gestión de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y de los informes correspondientes a las Entidades Colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social. (Ministerio de Inclusión Social, Seguridad Social y Migraciones, 2021)

Gráfico No. 3
Ubicación de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social



Fuente: Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Ministerio de Inclusión Social, Seguridad Social y Migraciones, 2021)

La selección de Argentina, Chile, Colombia y España obedece a que se trata de países cuyo modelo de aseguramiento de riesgos del trabajo tiene una gestión de las prestaciones frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales colocada en el sector privado, pero sin fin de lucro y se encuentran bajo la supervisión y regulación de entidades estatales de la seguridad social. Estas experiencias pueden tener sus aciertos y limitaciones. Sin embargo, es fundamental reconocer un aspecto positivo y es que se encuentran bajo la gestión regulatoria y fiscalización integral de la seguridad social, de naturaleza pública. Como se reconoce, la gestión sistémica hace referencia a la integración de todos sus componentes bajo la orientación de una política que orienta el accionar de los mismos. Además, se prioriza "en sus procesos la mejora continua de la eficacia, eficiencia y efectividad en los servicios públicos que ofrece". (Molina, Collazos, Ruiz, & Hernández, 2021). Aspecto que difiere sustancialmente de la realidad peruana.

III. El seguro complementario de trabajo de riesgo en perú: ausencia de gestión sistémica

La Ley Nº 29760, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (LMSSS) en su artículo 19, creó del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) y derogó del Seguro de Accidentes de Trabajo y de Enfermedades Profesionales (SATEP). El SCTR se constituye el mecanismo de aseguramiento de riesgos del trabajo en el Perú. La norma entiende que otorga cobertura adicional a los afilados regulares que laboran en actividades de alto riesgo, brindando las siguientes prestaciones: Otorgamiento de prestaciones de salud, en el caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Otorgamiento de pensión de invalidez temporal o permanente, pensión de sobrevivencia y gastos de sepelio derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. (MTPE, 2020)

El SCTR de Perú es *sui géneris*, por la elevada desarticulación de sus componentes, la ausencia de fiscalización estatal y una gestión delegada al sector privado con una finalidad lucrativa, que se contradice con la esencia de un modelo de aseguramiento de riesgos del trabajo. Experiencias como las siguientes no son poco frecuentes:

> Un trabajador víctima de un accidente de trabajo y que su empleador tenía contratado el SCTR a cargo de una Entidad explicaba el funcionamiento como:

> "lo pelotean de un lugar a otro, de un médico a otro, de un bróker a otro, de una EPS a otra EPS, y nadie resuelve nada. Mi enfermedad se pudo atender oportunamente, pero se la pasaron en papeles y papeles. Al final, casi muero y logré superar la enfermedad. Ahora nadie me quiere atender porque se supone se acabó la póliza del SCTR. El empleador me quiere despedir, para colmo".
>
> Una trabajadora sufrió de una enfermedad profesional, ella declaró: "La médica de la empresa señaló que se trataba de una enfermedad profesional y que se debía activar el SCTR para mi tratamiento. La empresa le dijo al bróker que active el SCTR para el tratamiento en la EPS. La EPS me atendió y al final del mes me cobró. Cuando reclamé me dijeron que lo que había sufrido era una enfermedad común y que tenían que cobrar o no me dejarían salir, me endeudé por más de S/. 78,000.00 soles. La empresa no dijo ni hizo nada".

Estos son solo dos testimonios de los cientos o miles de casos que carecen de atención o si la brindan es inoportuna, o insuficiente. Esto en relación con las prestaciones médico-asistenciales y para no presentar las situaciones de los accidentes de trabajo o de los accidentes de trabajo o de los 27 trabajadores fallecidos con ocasión del trabajo (El País, 2021) y que solo pretender cubrir con el SOAT. Esta última situación es claramente un caso de accidente de trabajo mortal mayor; sin embargo, la ausencia de fiscalización estatal sobre el SCTR deja en manos del sector privado lo que pudiera ocurrir con las familias de estos trabajadores mineros.

Prestaciones preventivo-promocionales

De conformidad con el SCTR, todo asegurado tiene derecho a acceder a prestaciones preventivo-promocionales frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Un caso exitoso que se conoce es del Seguro Social en Salud (EsSalud), entidad que desarrolló desde hace más de 20 años los Centros de Prevención de los Riesgos en el Trabajo, que actúan a nivel nacional (CEPRIT). (EsSalud, 2021). Estas prestaciones que son fundamentales en los modelos modernos de aseguramiento de riesgos en el trabajo no tienen un mecanismo de fiscalización, control ni regulación por parte de una entidad estatal. Las Instituciones Prestadoras de Salud (IPRESS), sean públicas como EsSalud o privadas como las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) privadas brindan las prestaciones que consideran. En la revisión de las ofertas de las EPS se han encontrado desde masajes hasta conferencias de tres horas online; entre otras.

Prestaciones médico-asistenciales

El SCTR establece que las prestaciones médico-asistenciales pueden estar a cargo de EsSalud que es una entidad pública o de las EPS que son privadas y con fines de lucro.

Las prestaciones del SCTR-Salud, de conformidad con la legislación vigente son:

- Atención médica, farmacología, hospitalaria y quirúrgica; hasta la recuperación total del asegurado o declaración de invalidez permanente o fallecimiento.
- Rehabilitación y readaptación laboral.
- Prótesis y aparatos ortopédicos

De acuerdo con el "Grupo de Trabajo Sectorial denominado "Comité de revisión de la normativa del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo", creado por Resolución Ministerial Nº 008-2018-TR, al III Trimestre del 2017 existían 1´ 692, 400 personas afiliadas al SCTR-Salud"

El Informe del MTPE citado señala que las entidades que brindan cobertura del SCTR-Salud son:

Cuadro No. 1
Cobertura del SCTR-Salud, 2017

Entidad	Afiliado/as	Porcentaje
EsSalud	340, 000	20%
Pacífico	468, 703	28%
Rimac	439, 750	26%
Mapfre	368, 323	22%
Sanitas	75,624	4%

Fuente: (MTPE, 2020)

Además, dicho Informe reveló que:

- Según "la estadística de los accidentes de trabajo atendidos en EsSalud, la mayoría de los accidentes de trabajo suceden en empresas que no cuentan con SCTR. En el 2017, aproximadamente el 75% de los ac-

cidentes de trabajo atendidos en EsSalud correspondían a trabajadores no afiliados al mencionado seguro". (MTPE, 2020)

- "Numerosas entidades empleadoras que cuentan con cobertura del SCTR a cargo de una EPS (privado) o que son omisas a la contratación del SCTR, trasladan a sus trabajadores accidentados a EsSalud para ser atendidos sin comunicar el accidente de trabajo, a fin de ser cobertu-rados por el seguro regular y no por el SCTR. De esta manera, evitan el incremento de la prima SCTR-EPS por la elevada siniestralidad, o la sanción por parte de la entidad competente por no contar con la cobertura del SCTR". (MTPE, 2020)
- "Según las cifras de EsSalud, existe un 85% de omisión por parte del empleador en comunicar los accidentes de trabajo, generando un impacto negativo en la sostenibilidad financiera de esta entidad. El aviso del accidente de trabajo por parte del empleador y su correcto registro, son importantes por los siguientes motivos:
  - La generación de programas y acciones de prevención,
  - La obtención de las prestaciones a las que tienen derecho el trabajador que sufre alguna lesión con motivo del trabajo,
  - El recupero del importe de las prestaciones, puesto que para realizar las reclamaciones es necesario demostrar que el hecho ocurrió". (MTPE, 2020)

Estas acciones que se constituyen en un abuso de derecho por parte de las empresas o de las EPS afectan la sostenibilidad de EsSalud. Sin embargo, hasta la fecha no ameritan la mejora en los marcos normativos ni las sanciones efectivas en los casos que pudiera corresponder.

En el caso de la Superintendencia de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) se establece como falta muy grave el incumplimiento de los pagos al SCTR por parte de las empresas consideradas en el Anexo No. 5 de las Normas técnicas del SCTR.

En el caso de las prestaciones médico-asistenciales del SCTR-salud se tiene a la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD). El Decreto Legislativo N° 1158 establece que es la institución encargada de proteger los derechos en salud de las y los ciudadanos peruanos. Se orienta a empoderar y colocar a la

ciudadanía, al ser humano "en el centro del sistema de salud nacional, sin importar donde se atienda o su condición de aseguramiento". (SUSALUD, 2021).

Esta entidad tiene a su cargo el Centro de Conciliación y Arbitraje (CECONAR) como órgano resolutivo que gestiona con autonomía técnica y funcional los conflictos en salud y sobre el SCTR. Realiza estas funciones a través de los medios alternativos de solución de controversias (MASC) como son la mediación, conciliación y arbitraje. El CECONAR como centro de conciliación que opera bajo las normas de la Ley de Conciliación Extrajudicial, cuya rectoría la ejerce el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Sobre la historia y perspectivas del CECONAR se encuentran diversos estudios (Hidalgo, Ortiz, Lobatón, & Huamaní, 2016).

Prestaciones económico-financieras

El SCTR-pensión establece que las prestaciones económico-financieras pueden estar a cargo de Oficina de Normalización Previsional (ONP) que es una entidad pública o de las Compañías de Seguros que son privadas y con fines de lucro. Estas prestaciones son las siguientes:

> Pensión de sobrevivencia: Para los derechohabientes de quienes mueren por accidente de trabajo o por enfermedad profesional. Al igual que los gastos de sepelio.
>
> Pensión de invalidez: Se determinan pensiones en función del grado de incapacidad generadas sobre las y los trabajadores en función del daño generado por el accidente de trabajo y la enfermedad profesional
>
> Subsidio por Incapacidad Temporal para el Trabajo: Está a cargo de EsSalud y se obtiene de los fondos del seguro social de salud contributivo.

El MTPE en el citado informe señala que para el 2017, las aseguradoras privadas fueron el 98.2% del SCTR-pensión. Cabe reiterar que estas aseguradoras privadas tienen fin de lucro. No obstante, en los casos presentados de Argentina, Colombia, Chile y España todas las entidades privadas carecen del fin de lucro debido a que forman parte de la seguridad social. Este es otro aspecto que deberá evaluarse y resolverse a la brevedad. Para el mismo año, la ONP tenía una participación residual del 1.8%. Con relación a dicha participación:

> "(…) a diciembre del año 2017, existían: i) un total de 114 mil asegurados al SCTR, ii) 1152 empleadores cotizantes, iii) 754 pensionistas del SCTR en la ONP de los cuales 496 son asegurados y 238 corresponden a la cobertura supletoria que brinda la ONP, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 84 del Decreto Supremo Nº 003-98-SA". (MTPE, 2020)

En el caso de las prestaciones económica-financieras, las compañías de seguros consideran que el SCTR-pensión es parte del mercado de seguros y no como parte de la seguridad social en el país. La Ley N° 26702 establece que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) es el organismo encargado de la "regulación y supervisión de los sistemas financiero, de seguros, privado de pensiones y cooperativo de ahorro y crédito, así como de prevenir y detectar el lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Su objetivo primordial es preservar los intereses de los depositantes, de los asegurados y de los afiliados al SPP". (SBS, 2021). La SBS es un organismo público derecho público con autonomía funcional, reconocida por la Constitución Política del Perú.

En el caso de la ONP se encarga de reconocer, calificar, liquidar y pagar los derechos pensionarios en estricto cumplimiento del marco legal. (ONP, 2021). Es parte del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). Sobre las limitaciones en el acceso a las prestaciones del SCTR, la autora tiene otras reflexiones (Ospina-Salinas, 2015), (Ospina-Salinas, Estela, 2011)

Conforme se aprecia, el monitoreo de las actividades de las IPRESS (EsSalud y las EPS) están a cargo de SUSALUD. Por tanto, es una instancia de supervisión de la calidad de las prestaciones médico-asistenciales del SCTR-salud. Mientras que las compañías de seguros están supervisadas por la SBS y la ONP por el MEF en relación con las prestaciones del SCTR-salud. Mientras que el CECONAR es el medio de arbitraje en los casos de controversias frente al SCTR. Se tienen las siguientes entidades a cargo del SCTR, pero sin coordinación ni integración funcional: SUSALUD, SBS, MEF, SUNAFIL, CECONAR, MTPE; principalmente. Esta ausencia de una entidad estatal rectora y coordinadora genera incumplimientos frente a las obligaciones legales. Por ejemplo, en el caso del personal de salud que tiene cobertura del SCTR y que por Ley No. Ley Nº 31025, "Ley que incorpora a la enfermedad causada por el COVID-19 dentro del Listado de enfermedades profesionales de los servidores de la salud". Debería brindarse las prestaciones a las y los servidores de salud, sin embargo,

aún es una tarea pendiente. A pesar de que el sector salud es la primera línea frente a la COVID 19.

IV. Lineamientos de propuestas sobre el enfoque sistémico y de calidad para el aseguramiento de los riesgos del trabajo

A. El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo es parte de la seguridad social frente a los riesgos laborales: los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Se debe recuperar la esencia del aseguramiento de los riesgos del trabajo, restableciendo su vinculación con la seguridad social en el Perú. Dejar al libre mercado de las aseguradoras o prestadoras de salud privadas las prestaciones del SCTR lo único que ha hecho es precarizar la protección contra los riesgos laborales de las víctimas de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

B. Conformar un Viceministerio de Seguridad Social en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo que aborde la protección social de manera integral. Entidad que se encargue de los mecanismos de seguridad social en el país: seguro de desempleo, pensiones de jubilación, salud y el SCTR. Desde una Dirección de Aseguramiento de Riesgos en el Trabajo es factible una gestión sistémica y moderna el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

C. Garantizar la universalización e integración de las contribuciones a la seguridad social y al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo con aportes diferenciados por nivel de riesgo

D. Fortalecer SUSALUD y el CECONAR como instancias de vigilancia de la calidad de las prestaciones en salud y medios alternativos de solución de controversias en el SCTR.

V. Bibliografía

Durán, F. (2005). *Principios de aseguramiento de riesgos del trabajo y situación actual*. Lima: OIT.

El País. (18 de junio de 2021). Al menos 27 muertos tras caer un autobús por un precipicio en Perú. *Perú*. Obtenido de https://elpais.com/internacio-

nal/2021-06-18/al-menos-17-muertos-y-14-heridos-tras-caer-un-autobus-por-un-precipicio-en-peru.html

EsSalud. (junio de 2021). *Centros de Prevención de Riesgos en el Trabajo*. Obtenido de EsSalud: http://www.essalud.gob.pe/centro-de-prevencion-de-riesgo-del-trabajo/

Hidalgo, D., Ortiz, C., Lobatón, J., & Huamaní, P. M. (2016). Mecanismos alternativos para la solución de controversias en el contexto de los derechos en salud: experiencia peruana desde el centro de conciliacion y arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 33(3), 567-73 . doi:https://doi.org/10.17843/rpmesp.2016.333.2300

Ministerio de Inclusión Social, Seguridad Social y Migraciones. (14 de noviembre de 2021). *Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social*. Obtenido de DGOSS: https://www.inclusion.gob.es/es/organizacion/organigrama/seg-social/contenido/OM9.htm

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones . (junio de 2021). *Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones* . Obtenido de Seguridad Social : https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/39641/

Ministerio de Trabajo. (junio de 2021). *MInisterio de Trabajo* . Obtenido de Colombia: https://www.mintrabajo.gov.co/empleo-y-pensiones/empleo/subdireccion-de-formalizacion-y-proteccion-del-empleo/formalizacion-laboral/que-es-el-sistema-general-de-riesgos-laborales

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. (12 de noviembre de 2021). *SRT*. Obtenido de Superintendencia de Riesgos del Trabajo: https://www.argentina.gob.ar/srt

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. (noviembre de 2021). *Superintendencia de Riesgos del Trabajo*. Obtenido de https://mapadelestado.jefatura.gob.ar/organigramas/srt.pdf

Molina, Z., Collazos, M., Ruiz, A., & Hernández, B. (2021). *Modelo sistémico de gestión del cambio, un aporte para la gestión pública con calidad.* Gua-

yaquil: Grupo Compás. Obtenido de http://142.93.18.15:8080/jspui/bitstream/123456789/610/3/Zully%20Molina.pdf

MTPE. (2020). *Informe: Una Aproximación al Modelo Universal de Aseguramiento de Riesgos Laborales para el Perú*. Lima: MTPE.

ONP. (junio de 2021). *Oficina de Normalización Previsional*. Obtenido de https://www.gob.pe/onp

Ospina-Salinas, E. (2015). Una mirada crítica al seguro complementario de trabajo de riesgo. *Laborem*, 175-192. Obtenido de http://www.revistalaborem.com/

Ospina-Salinas, Estela. (2011). *El aseguramiento de los riesgos en el trabajo.* Lima: Instituto Laboral Andino (ILA).

SBS. (junio de 2021). *Superintendencia de la Banca y Seguros y AFP*. Obtenido de Quiénes somos?: https://www.sbs.gob.pe/quienessomos

SUSALUD. (junio de 2021). *Superintencia Nacional de Salud* . Obtenido de https://www.gob.pe/4104-superintendencia-nacional-de-salud-que-hacemos

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

SEGURIDAD, SALUD Y BIENESTAR A PROPÓSITO DE LA NUEVA POLÍTICA NACIONAL AGENDA PENDIENTE

Karla Cánova Talledo*
Cesar Cano Candiotti**

Resumen:
Los países del mundo entero han debido rediseñar sus políticas públicas y disposiciones nacionales de Seguridad y Salud en el trabajo ante la evolución de las relaciones laborales

* Legal Advisor en OPS/OMS. Abogada por la Universidad de Lima. Magister en Occupational Safety and Health por la Universidad de Torino – Italia. Egresada de la Maestría de Relaciones Laborales de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad de Sevilla-España. Directora del Programa de Seguridad, Salud y Bienestar de la Escuela de Post Grado de UPC. Actualmente se desempeña como docente en la Universidad de Lima. Ex Directora de Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (SPDTSS) y de la Sociedad Peruana de Salud ocupacional (SOPESO). Co directora de la Secretaría Administrativa Permanente de la Asociación Latinoamérica de Salud Ocupacional –ALSO 2021-2023. Código Orcid: 0000-0002-3951-8216

** Especialista en Medicina Ocupacional y Medio Ambiente Universidad Peruana Cayetano Heredia. Magister en Toxicología España. Maestría Internacional en Ergonomía Laboral CENEA-UCSUR. Director del Diplomado de Evaluación Médica Ocupacional, docente e investigador Universidad Peruana Cayetano Heredia afiliado a la Facultad de Medicina Alberto Hurtado y Centro de Salud Global. Vicepresidente de la Sociedad Peruana de Salud Ocupacional (SOPESO), vocal de la Sociedad de Medicina Ocupacional y Medio Ambiente (SOMOMA), miembro ICOH, ACOEM. Co director de la Secretaria Administrativa Permanente de la Asociación Latinoamericana de Salud Ocupacional ALSO 2021-2023.

y aparición de riesgos emergentes frente a la pandemia. A raíz de estos cambios y luego de identificarse como problema público "el desarrollo limitado de la seguridad y salud en el trabajo", el estado peruano publicó el DS 018-2021-TR dispositivo que aprueba la Política Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo (PNSST). En este contexto presentamos los aspectos técnicos y acciones concretas que consideramos agenda prioritaria de SST al 2030 contenida en la nueva PNSST que requieren ser priorizados por los sectores rectores.

PALABRAS CLAVE:

Política nacional / Condiciones laborales / Seguridad y salud / Políticas públicas.

I. Introducción

La Seguridad y Salud en el Trabajo como derecho fundamental ha sido materia de muchos cambios con motivo de la evolución de las relaciones laborales y aparición de riesgos emergentes que impactan en el mundo del trabajo. En esta línea, los países del mundo entero se han visto en la imperiosa necesidad de rediseñar sus políticas públicas y consecuentemente, las disposiciones nacionales con la finalidad de salvaguardar este derecho fundamental ante la inminente presencia de riesgos emergentes que conlleva a que nos encontremos en el actual estado de pandemia.

Así, en el estado peruano, con motivo de todos estos cambios, con fecha 24 de Julio del 2021 se publicó el DS 018-2021-TR, dispositivo que aprueba la Política Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo, el cual contiene 5 objetivos prioritarios que a su vez contienen lineamientos, servicios e indicadores, estableciendo los nuevos compromisos que asumen los distintos sectores para poder enfrentar los riesgo emergentes y mejorar el problema público referido al limitado desarrollo de la cultura de prevención de riesgos laborales que conlleva a que nuestros trabajadores sean víctimas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por ello, resulta imperioso desarrollar la agenda prioritaria que debe abordar el estado con la finalidad de poder alcanzar el objetivo al 2030, el cual atiende a "Lograr avances sustanciales en el desarrollo de la seguridad y salud en el trabajo mediante acciones preventivo promocionales que han permitido reducir, en al menos un 20%, las tasas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como índices de daños que se pudieran ocasionar a la salud de las y los trabajadores, que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo que éstos realizan, incorporando los enfoques de género, interculturalidad, derechos humanos y

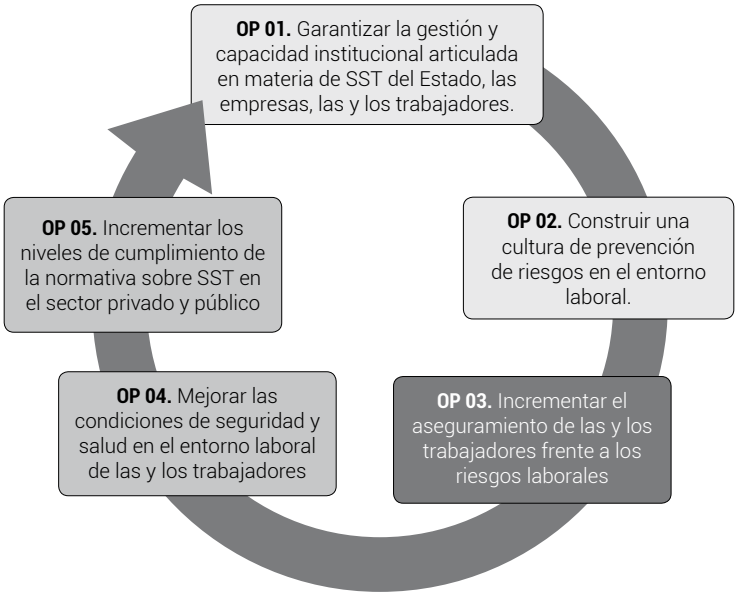
perspectiva de discapacidad". Por todo lo expuesto, a continuación, presentamos los aspectos que, desde una perspectiva técnica, consideramos objeto de priorización contenidos en la nueva Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (PNSST) y que deben ser observados por los sectores rectores, Ministerio de Trabajo y Ministerio de Salud, según lo dispone el artículo 16 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el trabajo.

II. Política Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo

En el mes de Julio del 2021, fue publicada la actualización de Política Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo (PNSST) ahora contenida en el DS 018-2021-TR, motivada por el DS 002-2013TR el cual mantenía un Plan Nacional cuya vigencia se extinguía en el 2021. De la misma manera, otra de las motivaciones para la actualización de la PNSST se encuentra en el limitado avance en materia de seguridad y salud en el trabajo a nivel nacional, reflejada en la información estadística que mantiene el Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo sobre accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales la cual resulta bastante incipiente y lo que denota -además- el escaso nivel de cumplimiento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el trabajo y las limitaciones de los Sistemas de Gestión para enfrentar los riesgos emergentes.

En esta línea, la actualización de la PNSS resultaba prioritaria para el sector trabajo, la Seguridad y Salud debía ser abordada de otra manera, con el fin de respetar el derecho fundamental que tienen los trabajadores y poder alcanzar una real prevención de riesgos laborales. Por ello, es que se inició este proceso desde el año 2019, el cual tuvo como punto de partida, la ejecución de talleres de expertos, quienes identificaron el problema público y proyectaron alternativas para poder superarlo. Así, el problema público identificado como el "Desarrollo limitado de la seguridad y salud en el trabajo" debe ser atendido, según lo dispone la actúan PNSST, bajo 5 objetivos prioritarios:

Gráfico 1
Objetivos prioritarios de la PNSST



Fuente: Elaboración propia en base al DS 018-2021-TR.

De los objetivos prioritarios descritos nos vamos a enfocar en desarrollar las acciones concretas que requieren especial y pronta atención con la finalidad de proponer "**La agenda de SST 2021-2026"** para el actual gobierno.

III. Agenda Normativa a cargo del MTPE

Según lo dispone el Art. 16 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el trabajo, publicada el 20 de Agosto del 2011, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo son los entes rectores de la Seguridad y Salud en el trabajo, debiendo diseñar acciones coordinadas y conjuntas con la finalidad de desarrollar la cultura de prevención de riesgos laborales en aras de mejorar las condiciones de los puestos y entornos de trabajo en atención al reconocimiento de la seguridad y salud como derecho fundamental.

En esta línea, corresponde también, que aborden de manera conjunta las políticas públicas a partir de la actualización de la PNSST descrita en el punto anterior. Así, encontramos los siguientes temas:

1. Publicación del Decreto Supremo que regule el funcionamiento de los servicios de seguridad y salud en el trabajo (SSST)

Según lo dispone la sexta disposición complementaria transitoria del Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST), aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR (RLSST), señala que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) regula mediante normas complementarias lo pertinente a la aplicación de la LSST y su reglamento, en el ámbito de sus competencias. Asimismo, la décimo primera disposición complementaria transitoria del RLSST, establece que la regulación de los SSST está a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en coordinación con el Ministerio de Salud[1]. Sin embargo, pese a los reiterados esfuerzos de las diversas gestiones ministeriales y diversas propuestas ante el Consejo Nacional de Seguridad y Salud (CONSSAT), no se ha llegado al consenso en el marco del diálogo social, lo que limita el avance de muchas otras acciones prioritarias que se requieren para el avance del mejoramiento de la seguridad y salud en el nuestro país.

Cabe anotar, que los servicios de seguridad y salud en el trabajo, como conjunto multidisciplinario de profesionales, cumplen funciones específicas según lo dispone el Art. 36 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, según lo siguiente:

Gráfico 2
Funciones de los servicios de seguridad y salud en el trabajo.
Art. 36 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y salud en el Trabajo

Objetivo	Acción
Prevención	• Identificación y evaluación de los riesgos que puedan afectar a la salud en el lugar de trabajo. • Vigilancia de los factores del medio ambiente de trabajo y de las prácticas de trabajo que puedan afectar la salud de los trabajadores, incluidas las instalaciones sanitarias, comedores y alojamientos, cuando estas facilidades sean proporcionadas por el empleador.

1 De la misma manera, la Décima Primera Disposición Complementaria Transitoria dispone que el Ministerio de Salud debe crear el registro de los servicios de seguridad y salud en el trabajo y aprobar la guía de práctica clínica para el diagnóstico de las enfermedades ocupacionales, lo que a la fecha no ocurre.

Objetivo	Acción
Oportunidades de mejora	• Participación en el desarrollo de programas para el mejoramiento de las prácticas de trabajo, así como en las pruebas y la evaluación de nuevos equipos, en relación con la salud. • Fomento de la adaptación del trabajo a los trabajadores. • Participación en el análisis de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales.
Asesoría y comunicación	• Asesoramiento sobre la planificación y la organización del trabajo, incluido el diseño de los lugares de trabajo; sobre la selección, el mantenimiento y el estado de la maquinaria y de los equipos; y sobre las sustancias utilizadas en el trabajo. • Asesoramiento en materia de salud, de seguridad e higiene en el trabajo y de ergonomía, así como en materia de equipos de protección individual y colectiva. • Colaboración en la difusión de información, en la formación y educación en materia de salud e higiene en el trabajo y de ergonomía.
Medidas de acción	• Asistencia en pro de la adopción de medidas de rehabilitación profesional. • Organización de los primeros auxilios y de la atención de urgencia.

De lo anterior, debemos considerar que actualmente el país cuenta con 330 114 empresas formales[2], y solo algunas de las grandes empresas han implementado (a criterio), este SSST, considerando que no mantenemos un decreto supremo que lo regule de manera integral. A la fecha solo contamos con los "Protocolos de Exámenes Médico Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos obligatorios por Actividad", aprobado por la Resolución Ministerial N° 312-2011/MINSA, los cuales fueron elaborados a la luz del literal d) del artículo 39 del derogado Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-2005-TR, y no en el marco de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, por lo que también se encuentra pendiente de actualización de parte del Ministerio de Salud.

2 Obtenida de: MTPE-Planilla electrónica. Mayo 2021.

2. Ampliación de listado de actividades comprendidas en el anexo 5 del DS 003-98-SA, sobre seguro complementario de Trabajo de riesgo tendiendo a la universalización.

Con fecha 20 de setiembre del 2018, se acordó en el seno del Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CONSSAT)[3] la creación de una comisión que atendiera la problemática relativa a la ampliación del listado de actividades comprendidas en el anexo 5 del DS 003-98-SA, considerando el real alcance de cobertura, el cual según información obtenida de la Planilla Electrónica (2020), solo el 9,5% de empresas formales contrata el SCTR para sus trabajadores. Cabe anotar, que el Decreto Supremo N° 008-2010-SA, Reglamento de la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, señala que el MINSA aprobará la progresividad con la que se ampliará el listado de actividades de alto riesgo establecido en el Anexo 5 del Decreto Supremo N°003-98-SA, tendiendo a su universalización, lo que resulta ser una tarea de nunca acabar.

Resulta imperioso señalar, que no tenemos mayor avance de Comisión creada en el seno del CONSSAT, toda vez, que habiendo transcurrido más de tres años no tenemos un informe final que permita un real avance. Los diversos informes de gestión evidencian, la ausencia total de información de parte de las entidades involucradas tales como: Seguro Social de Salud (ESSALUD), Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD), Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), Ministerio de Salud (MINSA), Instituto Nacional de Rehabilitación (INR), Oficina de Normalización Previsional (ONP) y Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). De la misma manera, se advierte ausencia de profesional técnico especializado y presupuesto para la elaboración de documentación que permita el cambio estructural que se requiere para esta universalización.

Consideramos prioritaria, la supervisión e impulso de las actividades de esta comisión con la finalidad de salvaguardar el respeto por este derecho fundamental a la seguridad y salud, el cual comprende entre sus principios rectores el de atención integral de la salud, el cual, mantiene un sinfín de limitantes para los trabajadores que sufran alguna lesión o generen una enfermedad profesional en el ejercicio de sus funciones. Reiterar que los riesgos evolucionan, y en el

3 Según lo dispone el literal i) del artículo 11 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo una de las funciones del CONSSAT es fomentar la ampliación y universalización del seguro de trabajo de riesgos para todos los trabajadores.

estado peruano, aún se mantienen las limitaciones para la contratación de este seguro que atienden exclusivamente a las actividades comprendidas en un anexo contenido en un dispositivo normativo del año 98, ¿acaso el uso de la nueva tecnología, nanotecnología, robótica no generan riesgos en el trabajo que podrían ser calificados de alto riesgo? ¿El SARV-COV2 para trabajadores del sector sanitario no representa un alto riesgo? ¿las actividades del sector agroindustrial no son de alto riesgo?

Otro problema que se suma a lo descrito anteriormente atiende a la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales para trabajadores en el sector informal. Actualmente la tasa anualizada es de 78.1% según data a junio del 2021, lo que se traduce en 9.01 millones de trabajadores desprotegidos[4]. En el estado peruano, la medida de protección social en salud para trabajadores dentro del sector informal podría estar inmerso dentro de las prestaciones que brinda el Sistema Integral de Salud (SIS) el cual con motivo del estado de pandemia presenta grandes limitaciones estructurales no atendidas en los distintos gobiernos.

Lo anterior, conlleva a que el estado tampoco se encuentre preparado para enfrentar los nuevos fenómenos como el **cambio climático**, consecuentemente mantenemos a nuestra población trabajadora vulnerable a este fenómeno. A la fecha tampoco tenemos evidencias de los avances relativos a los compromisos asumidos en el Acuerdo de París[5], para lo cual, desde el año 2016, el estado se comprometió a trabajar. De la misma manera, en lo referido a la Ley N° 30754, Ley Marco sobre el cambio climático, no se tienen mayores referencias de los

4 Obtenido en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/03-informe-tecnico-empleo-nacional-abr-may-jun-2021.pdf

5 El Acuerdo de París hace que todos los países tengan una causa común para emprender esfuerzos ambiciosos para combatir el cambio climático y adaptarse a sus efectos. El objetivo central del Acuerdo de París es reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático manteniendo el aumento de la temperatura mundial en este siglo muy por debajo de los 2 grados centígrados por encima de los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar aún más el aumento de la temperatura a 1,5 grados centígrados. Además, el acuerdo tiene por objeto aumentar la capacidad de los países para hacer frente a los efectos del cambio climático y lograr que las corrientes de financiación sean coherentes con un nivel bajo de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) y una trayectoria resistente al clima. Obtenido en: https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-paris-agreement/que-es-el-acuerdo-de-paris

avances a cargo del Ministerio del Ambiente como ente técnico – normativo responsable de esta gestión.

3. Fiscalización de la seguridad y salud en el trabajo para el sector público.

Uno de los desafíos más complejos que mantiene el estado, atiende a la fiscalización de la seguridad y salud en el trabajo para trabajadores del sector público. En esta línea, es importante precisar que, el Decreto Legislativo N° 1023, dispositivo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos, y al Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, dispone que SERVIR es la entidad que tiene atribución supervisora, la cual está destinada al seguimiento de las acciones de las entidades del Sector Público en el ámbito de su competencia, la que comprende la revisión del cumplimiento de las normas y políticas del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos y emisión de recomendaciones y medidas correctiva, lo que alcanza los temas relativos a seguridad y salud en el trabajo.

Comoquiera que SERVIR mantiene estas atribuciones, la supervisión en seguridad y salud ha sido deficiente al no contar con la estructura mínima que le permita cubrir al 100% la atención de las denuncias y supervisiones en temas de SST a nivel nacional. Consecuentemente, al abordar la problemática en el Consejo Nacional de Seguridad y Salud (CONSSAT), se llegó al acuerdo entre SUNAFIL – SERVIR sobre la cooperación para la fiscalización únicamente hasta la investigación de los hechos, con la finalidad, de que posteriormente, sea SERVIR que en el marco de sus competencias aplique las medidas correctivas que considere pertinente a las entidades infractoras. Así, en el mes de enero del 2021 se llegó a la suscripción del documento denominado "Convenio específico de cooperación institucional entre la Superintendencia de Fiscalización Laboral y autoridad del servicio civil" asumiendo -entre otros- lo siguientes compromisos: a) Desarrollar un Plan de trabajo para la ejecución de las verificaciones de hecho por incumplimiento de las medidas y condiciones de seguridad y salud en el trabajo a favor de los servidores del régimen laboral de la actividad privada; b) Desarrollar un Plan de trabajo para la ejecución conjunta de actividades y/o eventos en los que se brinde asistencia técnica y capacitación sobre las medidas y condiciones de seguridad y salud en el trabajo a los servidores de las entidades

públicas; c) Desarrollar en forma conjunta seminarios, talleres y cursos de capacitación en temas de interés mutuo, los mismos que deberán ser determinados por intermedio de los coordinadores institucionales acreditados; d) Poner a disposición, de la otra entidad, infraestructura, recursos humanos y apoyo logístico para la organización y ejecución de las actividades que se programen, de acuerdo a sus normas institucionales y capacidades; e) Intercambiar información técnica e institucional, en forma trimestral, que permita el cumplimiento de los objetivos, en cuanto no sea de uso exclusivamente interno, no tenga la calidad de información reservada y/o confidencial y observe disposiciones contenidas en la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales; f) Difundir las actividades que se organicen en virtud del presente convenio, de acuerdo a sus normas institucionales. Sin embargo, a la fecha no se observa mayor avance o evidencia de ejecución del referido convenio.

4. Ratificación de los convenios internacionales de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo, siendo estos, el 155, 187 y 161.

Otra de las tareas pendientes que tiene el estado peruano es la ratificación de los Convenios Internacionales de la OIT. Precisar, que estas normas son consideradas como el Código Internacional de Trabajo[6], asimismo con relación a la Seguridad y Salud en el Trabajo la OIT toma en cuenta tres convenios internacionales como básicos estos son los Convenios 155 sobre la Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de trabajo (1981), el convenio 161 Convenio sobre los Servicios de Salud en el trabajo (1985) y el convenio 187 (2006) sobre el Marco Promocional de la Seguridad y Salud en el Trabajo.

En nuestro país el procedimiento de ratificación implicaría el procedimiento fijado por los artículo 55 y 56 de la Constitución Política del Perú la cual se encuentra en concordancia con lo dispuesto por la Ley N° 26647, Normas que regulan los actos relativos al perfeccionamiento nacional e los tratados celebrados por el Estado Peruano, para ello su artículo 2 señala que:

> *"La aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el Artículo 56 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, mediante Resolución*

6 OSPINA SALINAS, Estela. *Derecho a la Salud Laboral en la Comunidad Andina*. Lima: CCLA- PLADES, 2003, Pág. 35.

Legislativa; y su ratificación al presidente de la República, mediante Decreto Supremo. Cuando los tratados no requieran la aprobación legislativa, el presidente de la República los ratifica directamente, mediante Decreto Supremo, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 57 de la Constitución. En ambos casos, el presidente de la República emite, además, el respectivo instrumento de ratificación".

Cabe resaltar, que la ratificación de los convenios internacionales sobre seguridad y salud conlleva a que el estado adecue la legislación interna a las disposiciones contenidas en el instrumento internacional, asimismo, debe garantizar y vigilar su cumplimiento. De lo anterior, resulta fundamental que previo a este proceso de ratificación el estado cumpla atender los puntos descritos en los numerales 1, 2 y 3 del presente artículo.

IV. Agenda Normativa a cargo del MINSA

De acuerdo a los literales b) y h) del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1661, modificado por el Decreto Legislativo N°1504 , se señala que son funciones rectoras del Ministerio de Salud, a través de sus direcciones correspondientes; formular, planear, dirigir , coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial de promoción de la salud, vigilancia , prevención y control de las enfermedades, recuperación, rehabilitación en salud, tecnologías en salud y buenas prácticas en salud, bajo su competencia , aplicable a todos los niveles de gobierno. Así mismo, respecto a las responsabilidades en materia de salud ocupacional el literal j) el artículo 64 del Reglamento de Organización y funciones del MINSA, aprobado por Decreto Supremo N°008-2017 SA, señala que éstas recaen explícitamente en la Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública, que tiene dentro de sus funciones proponer e implementar políticas, normas y otros documentos en materia de salud ocupacional, en coordinación con el órgano competente del Instituto Nacional de Salud (CENSOPAS). Por su parte, el CENSOPAS es el órgano encargado de desarrollar y difundir la investigación científica y tecnológica, proponer políticas, normas, proyectos y brindar servicios altamente especializados en salud ocupacional y protección del ambiente en el ámbito local, regional y nacional, como promover la prevención y control de riesgos y daños ocupacionales y ambientales. En el marco del cumplimiento de los objetivos planteados de la Política Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo del DS 018-2021-TR, se deben priorizar las siguientes acciones:

1. Revisión y actualización del marco normativo sobre la Vigilancia de la Salud de los trabajadores

A la fecha, no contamos con una norma jerárquica sobre la Vigilancia de la salud de los trabajadores en el marco de la Ley de Seguridad y Salud en el trabajo y referida en el Decreto Supremo N° 005-2012 TR y modificatorias del Reglamento de la Ley 29783 de Seguridad y Salud en el trabajo. Se cuenta con los "Protocolos de Exámenes Médico Ocupacionales y Guías de Diagnóstico de los Exámenes Médicos obligatorios por Actividad", aprobado por la Resolución Ministerial N° 312-2011/MINSA, los cuales fueron elaborados a la luz del literal d) del artículo 39 del derogado Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-2005-TR, y no en el marco de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Debe entenderse que la Vigilancia de la Salud de los trabajadores es el principal elemento de todo programa de salud en el trabajo, es un proceso sistemático y preventivo que comprende la recopilación de información de salud de los trabajadores, análisis, evaluación y mejora continua con la adecuada aplicación de criterios técnicos, éticos, sociales y económicos; contribuyendo de esta manera, al logro de los objetivos definidos de la OIT y OMS, dirigidos a proteger la vida y promover la salud y el bienestar de los trabajadores. En el Plan de Acción sobre la Salud de los trabajadores de la OMS (2015-2025) se ha puesto como prioridad la salud de los trabajadores en la agenda de los estados miembros, a fin de brindar la atención integral de la salud de los trabajadores, mejorar los entornos de trabajo, aumentar los esfuerzos para promover la salud de los trabajadores y disminuir las desigualdades en salud.

En este marco normativo deben elaborarse procedimientos de vigilancia específica para prevención de desórdenes musculo esqueléticos, cáncer profesional, riesgos psicosociales y control de violencia en el lugar de trabajo, riesgos emergentes derivados de la innovación tecnológica, fenómenos migratorios, cambio climático y nuevas modalidades de trabajo. Así mismo, se debe plantear una estrategia para la Vigilancia de la salud de los trabajadores informales que representan 9.01 millones de trabajadores según la tasa anualizada de 78.1% a junio del 2021.

En relación con la vigilancia de los ambientes de trabajo se requiere la implementación, revisión y actualización de las normas técnicas para la valoración de exposición cualitativa y cuantitativa de los agentes ocupacionales. El Decreto Supremo N°015-2005 SA, que aprueba el Reglamento de Valores límites per-

misibles de agentes químicos en el ambiente de trabajo y el Decreto Supremo N°039-93 PCM Reglamento de Prevención y Control de Cáncer Profesional requieren actualización en relación con la evidencia actual.

Otro tema pendiente es la estandarización de los Servicios de Apoyo al médico ocupacional que realizan las evaluaciones médicas ocupacionales. A la fecha no se cuenta con un procedimiento de reglamentación, estandarización y supervisión que asegure la calidad de atención de las evaluaciones médicas ocupacionales a nivel nacional.

2. Implementar un Sistema de Vigilancia Epidemiológica e investigación de accidentes y enfermedades ocupacionales

La adecuada gestión de la información es indispensable para la Vigilancia de la salud de los trabajadores a nivel nacional. Es necesario implementar un sistema integrado y homogéneo de información, notificación de accidentes, enfermedades y muertes en el trabajo con participación del MTPE, MINSA, ESSALUD y en coordinación con los sectores competentes. En el Plan Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo 2017-2021, según Decreto Supremo N°005-2017 TR se consideraba en el segundo eje de acción como objetivo al 2021 implementar el Registro Único de Información sobre accidentes de trabajo, incidentes peligrosos y enfermedades ocupacionales, a fin de realizar el diagnóstico periódico de la Seguridad y Salud en el trabajo en el Perú, identificando los sectores más vulnerables para la implementación adecuada y eficiente de las acciones destinadas a eliminar los riesgos laborales presentes en los mismos y como base fundamental para el establecimiento de estadísticas y principal fuente de información en materia de Seguridad y Salud en el trabajo. A la fecha, no se cuenta con el Registro único de Información implementado y el reporte acumulado del boletín estadístico de Notificación de accidentes de trabajo, incidentes peligrosos y enfermedades ocupacionales para setiembre del 2021 reporta 214 enfermedades ocupacionales que traduce un subregistro importante en el país.

Por otro lado, se requiere la elaboración de protocolos y guías de diagnóstico de enfermedades profesionales que faciliten su reconocimiento para una adecuada referencia y contra referencia para manejo y tratamiento, con la participación de profesionales especialistas representantes de universidades, instituciones académicas y sociedades científicas.

3. Implementación de los Servicios de Seguridad y Salud en el lugar de trabajo

No se cuenta con el Reglamento que regule el funcionamiento y organización de los servicios de Seguridad y Salud en el trabajo, según lo dispone el artículo 36 de la Ley de SST, cuya elaboración y regulación es competencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) en coordinación con el Ministerio de Salud (MINSA), cuyas funciones son específicas y están en el marco del convenio 161 sobre los Servicios de Salud en el trabajo.

Es importante resaltar que, **no** debe confundirse con el anexo 1 - Profesional de salud del Servicio de Seguridad y Salud en el trabajo por tamaño del centro de trabajo de la Directiva Administrativa N°321 MINSA/DGIESP-2021 que establece las disposiciones para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a SARS-CoV2 emitido por el MINSA.

Así mismo, es importante revisar el proceso de certificación, formación y competencias de los médicos ocupacionales y otros profesionales de la salud de los trabajadores con la finalidad de ser homogéneo, estandarizado y alineado a la Política y marco legislativo nacional y mejores prácticas internacionales, el cual debe ser avalado y aprobado por los representantes de las universidades que cuenten con los programas de especialización y posgrado, sociedades científicas y colegios profesionales, según corresponda.

4. Contribuir al aseguramiento universal de los trabajadores por riesgos laborales

En el marco del Decreto Supremo N° 008-2010-SA, Reglamento de la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, el MINSA debe aprobar la progresividad con la que se ampliará el listado de actividades de alto riesgo establecido en el Anexo 5 del Decreto Supremo N°003-98-SA, en ese sentido se instaló una comisión en el CONSSAT, sin embargo, a la fecha no se cuenta con un informe o propuesta de la comisión que permita evidenciar un real avance de acuerdo a lo descrito anteriormente en la agenda del MTPE. Por otro lado, el MINSA en coordinación con el INS y ESSALUD debe actualizar las normas y elaboración de nuevas propuestas normativas con el objeto de ampliar la cobertura de prestaciones de salud en materia de rehabilitación física y psicoló-

gica, las prestaciones sociales y económicas, a consecuencia de un accidente de trabajo y/o enfermedad profesional. Finalmente se debe proponer mecanismos que faciliten el cumplimiento en el aseguramiento de los riesgos.

5. Estandarización y supervisión de los servicios de salud que brindan atención a los trabajadores, relacionada a los accidentes y enfermedades ocupacionales

Es necesario implementar un sistema que garantice y supervise la calidad de los servicios de las entidades prestadoras de salud en el marco de la atención de los trabajadores relacionada a los accidentes y enfermedades ocupacionales. Dicho proceso debe darse en coordinación del MINSA, SUSALUD y ESSALUD.

Por otro lado, para la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales de los trabajadores en el sector informal debería plantearse la estrategia de integración de servicios básicos de salud ocupacional en el sistema nacional a través de los servicios de atención primaria (APS), según la experiencia internacional en otros países.

6. Promover la salud, el bienestar y el trabajo saludable en los lugares de trabajo

Durante la Pandemia COVID-19 los trabajadores que más han tenido complicaciones y mortalidad han sido los que tenían factores de riesgo de Enfermedades Crónicas No transmisibles y alguna condición de vulnerabilidad. En este sentido el MINSA debería incorporar el Modelo de entornos de trabajo saludables de la Organización Mundial de la Salud (OMS), elaborar procedimientos y normas de Promoción de la salud, salud mental, bienestar y calidad de vida en el trabajo.

7. Reflexiones Finales

A manera de reflexiones finales, consideramos de suma importancia que el estado declare la Seguridad y Salud en el trabajo como prioridad nacional dentro de la agenda al 2030. El desarrollo de los aspectos técnicos contenidos en el presente artículo contribuye con el logro deseado de la Política Nacional

de Seguridad y Salud en el trabajo, respecto desarrollo de la seguridad y salud, así como la disminución de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Debemos precisar, que es un trabajo de largo plazo, sin embargo, resulta fundamental que los entes rectores (MTPE/MINSA) trabajen de manera coordinada y con la participación de profesionales especialistas en estos temas, promuevan la investigación y participación de los representantes de instituciones académicas y Sociedades Científicas para la toma de decisiones. La promoción de empleos verdes, el fortalecimiento de la estructura sanitaria, son aspectos que juegan roles importantes para poder enfrentar también estos riesgos emergentes. Para lograrlo, necesitamos del compromiso de empleadores y trabajadores para poder llegar a los acuerdos en los espacios de diálogo atendiendo a que estamos salvaguardando un derecho fundamental, el cual debe estar alejado de cualquier interés particular. De la misma manera, la responsabilidad del estado en estos avances implica la asignación de recursos y especial compromiso de los sectores para poder articular y conseguir el alcance que realmente se pretende.

Trabajar por la seguridad y salud en el trabajo mejorando los puestos y entornos de trabajo convirtiéndolos en espacios seguros y saludables, incluyendo el concepto de BIENESTAR, logrando el compromiso de los empleadores, permitirá también el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en el marco del TRABAJO DECENTE.

8. Referencias Bibliográficas

- OIT. Reunión tripartita sobre la mejora del empleo y las condiciones de trabajo en el ámbito de los servicios de salud. 2017. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/sector/documents/meetingdocument/wcms_553111.pdf
- CEPAL. La protección social de los trabajadores informales ante los impactos del COVID19. 2021. Obtenido en: https://www.cepal.org/es/publicaciones/46753-la-proteccion-social-trabajadores-informales-impactos-covid-19
- CEPAL. Cecchini Simone. Protección Social universal en América Latina y el Caribe. Textos seleccionados 2006-2019. Obtenido en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44995/4/S1900962_es.pdf.

- CEPAL. Mercado de trabajo: Brechas estructurales en tiempos de pandemia. 2020. Obtenido en: https://www.cepal.org/es/publicaciones/46687-panorama-social-america-latina-2020.
- Organización Panamericana de la Salud. Organización Mundial de la Salud. Plan de Acción sobre la Salud de los trabajadores 2015-2025. Disponible en http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/33983/CD54_10Rev.%201-spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Decreto Supremo N° 005-2017 TR. Decreto Supremo que aprueba el Plan Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo 2017-2021. Publicado en el Peruano 17 de abril del 2017.

LA VACUNACIÓN CONTRA LA COVID-19: ¿MEDIDA DE PREVENCIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO? ASPECTOS AÚN NO RESUELTOS SOBRE EL RETORNO AL TRABAJO PRESENCIAL EN PERÚ

André Jorge Cossio Peralta* **

Resumen:

"En el presente artículo, el autor examina las disposiciones emitidas por el gobierno peruano respecto a la obligación del empleador de verificar el esquema de vacunación completa contra la Covid-19 de sus trabajadores como condición para la realización de labores presenciales. Así, en el artículo se analiza si la vacunación contra la covid-19 es un instrumento de salud pública o si se trata de una obligación del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo. De igual modo, el autor advierte aspectos aún no resueltos por parte del estado peruano, con relación a aquellos trabajadores cuyas actividades requieren necesariamente la ejecución de labores presenciales, y han decidido no vacunarse, ya sea por motivos vinculados a la religión, creencias u otras, en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de conciencia y religión".

Palabras clave:

Covid-19 / Vacunación obligatoria / Seguridad y salud en el trabajo / Libertad de conciencia / Libertad de religión.

* Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Laboral Especial en la misma casa de estudios. Asociado Activo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Correos electrónicos: acossio@pucp.pe; acossio1985@gmail.com

** Nota del editor: el presente artículo fue remitido por el autor el día 5 de diciembre de 2021.

SUMARIO: I. Introducción. II. Vacunación contra la Covid-19: ¿instrumento de salud pública u obligación de seguridad y salud en el trabajo a cargo del empleador? *1. El Ministerio de Salud (MINSA) como ente rector y responsable de la vacunación contra la Covid-19. 2. La participación y responsabilidad del empleador en la vigilancia de la vacunación contra la Covid-19.* III. El personal no vacunado: ¿libertad de conciencia y religión como supuestos eximentes de la vacunación contra la Covid-19? *1. Derechos fundamentales que no pueden suspenderse durante el estado de emergencia nacional. 2. Vacunación obligatoria para trabajadores: la experiencia comparada.* IV. Aspectos no resueltos por el gobierno peruano: ¿cuál será la situación laboral del personal no vacunado? *1. ¿Despido de trabajadores no vacunados? 2. Suspensión de contrato de trabajo de trabajadores no vacunados ¿perfecta o imperfecta?* V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Encontrándonos al término del segundo año desde la aparición del virus SARS-Cov2 que genera la Covid-19, el mundo mira el año 2022 con escepticismo sobre una próxima declaratoria del final de la pandemia. Las diversas mutaciones del virus y la reciente aparición de la variante sudafricana denominada "Omicrón" provoca que—nuevamente—los Estados analicen la adopción de medidas de confinamiento, cierre de fronteras u otras para contener o aislar—en lo posible—el avance de esta nueva variante. En ese contexto, el retorno a la "normalidad" se avizora aún muy lejano y, por el contrario, se deba asimilar que la nueva normalidad estará marcada por aprender a convivir con este virus y sus diversas mutaciones. Así, a nivel global, las actividades económicas se han ido reanudando en todos los sectores económicos, a la par que se avanza con la inmunización de la población contra la Covid-19, en tanto esta es la medida más efectiva para prevenir el avance del virus y disminuir su letalidad.

No obstante, en diversos países alrededor del globo, la inmunización / vacunación contra la Covid-19 no es obligatoria, lo que genera que aún exista un importante porcentaje de la población que no se encuentra vacunada, ya sea por la falta de disponibilidad de vacunas, por no creer en la mismas, por motivos religiosos, o por prescripción médica. Esta población sería la más vulnerable contra la Covid-19, además de ser considerada como vector de transmisión que, inclusive, pueda generar la aparición de nuevas variantes de la enfermedad.

Por esta razón, en multiplicidad de países se han adoptado restricciones de acceso a establecimientos, eventos, ingreso a otros países, entre otras medidas

limitativas, para las personas no vacunadas, no solo como una acción preventiva de salud pública, sino también como un mecanismo indirecto de incentivo a la vacunación. Estas medidas limitativas también están migrando hacia el mercado de trabajo, pues ya diversos países prevén la obligatoriedad de la vacunación contra la Covid-19, como medida necesaria para todos los trabajadores, y no solo para aquellos que están vinculados a la primera línea de lucha contra esta enfermedad. A nivel global, el debate se ha instaurado respecto a las consecuencias laborales o acciones que los empleadores pueden/deben adoptar con relación al personal no vacunado que deba realizar labores presenciales, en la medida que las medidas restrictivas inciden en la esfera de la libertad personal del individuo, por lo que se reclama que tales medidas conllevan connotaciones discriminatorias sobre dicho colectivo.

Nuestro país no es ajeno a este debate. En mayo del año 2020, y cuando aún no se aprobaba alguna vacuna contra la Covid-19 a nivel mundial, se promulgó un plan de reactivación económica gradual por etapas, en virtud del cual los empleadores de diversos sectores quedarían habilitados a reanudar sus actividades presenciales, siempre que aprueben, registren y cumplan el Plan de Prevención y Control de Vigilancia de la Covid-19 en el lugar de trabajo, conforme a los lineamientos establecidos por el Ministerio de Salud. El 18 de diciembre de 2020, se publica en el diario oficial "el Peruano, la Ley N° 31091, Ley que garantiza el acceso al tratamiento preventivo y curativo de la enfermedad por coronavirus SARS-CoV-2 y de otras enfermedades que dan origen a emergencias sanitarias y otras pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud (en adelante: "la Ley de Tratamiento contra la Covid-19"), en cuyo artículo primero se estableció que dicha ley tiene por objeto *"(…) garantizar el acceso libre y voluntario a la población en general al tratamiento preventivo y curativo de la enfermedad generada por el coronavirus SARS-CoV-2 (…)";* siendo los medicamentos y vacunas que permitan curar y prevenir el coronavirus SARS un bien esencial (art. 2° de la Ley N° 31091).

El 14 de noviembre de 2021, se publicó en el diario oficial "El Peruano", el Decreto Supremo N° 168-2021-PCM, en cuyo artículo 14.7 estableció que, a partir del 15 de diciembre de 2021, *"(…) toda empresa con más de diez (10) trabajadores sólo podrá operar de manera presencial si todos sus trabajadores acreditan su dosis completa de vacunación".* De forma reciente, esta disposición ha sido modificada por el Decreto Supremo N° 174-2021-PCM, en la que se

ha precisado que se debe acreditar el esquema completo de vacunación, *"(…) siendo válidas las vacunas administradas tanto en el Perú, como en el extranjero. El empleador deberá cumplir los lineamientos que la Autoridad Sanitaria Nacional, en coordinación con las autoridades competentes, apruebe".*

El día 3 de diciembre de 2021, se publicó en el diario oficial "El Peruano", la Resolución Ministerial N° 1275-2021/MINSA que aprueba la Directiva Administrativa N° 321-MINSA/DGIESP-2021, Directiva Administrativa que establece las disposiciones para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a SARS-CoV-2 (en adelante: "la Directiva Administrativa"). En los literales a) y b) del punto 6.1 se establece la obligación de los empleadores de garantizar un ambiente seguro de trabajo, para lo cual tienen que verificar que todos sus trabajadores estén vacunados para la Covid-19 (primera y segunda dosis, y dosis de refuerzo); y, se recuerda el deber del empleador de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, en el marco de lo previsto en la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Empero, surgen múltiples interrogantes aún no resueltas por el Gobierno. Se condiciona las actividades presenciales del empleador a la acreditación del esquema de vacunación completa de todos sus trabajadores. ¿La vacunación contra la Covid-19 es una medida de prevención de seguridad y salud en el trabajo? En consecuencia, ¿cuál será la situación laboral de los trabajadores no vacunados a partir del 15 de diciembre de 2021? ¿El empleador podrá desvincular válidamente al personal no vacunado? En este artículo pretendemos examinar algunas de las variantes que estarán presentes en este debate sobre la situación laboral del personal no vacunado y si la vacunación constituye una medida preventiva que debe adoptar el empleador para garantizar la seguridad y salud de todos los que se encuentren dentro de su centro de trabajo.

II. Vacunación contra la Covid-19: ¿instrumento de salud pública u obligación de seguridad y salud en el trabajo a cargo del empleador?

1. El Ministerio de Salud (MINSA) como ente rector y responsable de la vacunación contra la Covid-19

De acuerdo al Instituto Nacional de Salud del Ministerio de Salud del Perú, Salud Pública es *"(…) la práctica social integrada que tiene como sujeto y objeto*

de estudio, la salud de las poblaciones humanas y se le considera como la ciencia encargada de prevenir la enfermedad, la discapacidad, prolongar la vida, fomentar la salud física y mental mediante los esfuerzos organizados de la comunidad, para el saneamiento del ambiente y desarrollo de la maquinaria social, para afrontar los problemas de salud y mantener un nivel de vida adecuado" (Instituto Nacional de Salud, 2017, pág. 24).

La inmunización y/o vacunación constituye un instrumento esencial de salud pública, máxime si *"(…) es la actividad de salud pública que ha demostrado ser la de mayor costo beneficio y costo de efectividad en los últimos dos siglos. Aunque se admite que no son completamente eficaces, constituyen las intervenciones más seguras en salud"* (Instituto Nacional de Salud, 2017, pág. 35). En ese sentido, en los artículos 1° y 2° de la Ley General de Vacunas, Ley N° 28010, se declaró a las actividades de vacunación obligatoria como de Salud Pública Nacional, debido a su *"(…) elevado impacto en la prevención y control de las enfermedades prevenibles por vacunación";* siendo el Ministerio de Salud (MINSA), la entidad rectora y la responsable de establecer la sectorización y el calendario de vacunación, así como de vigilar su cumplimiento, respectivamente.

En el caso de la Covid-19, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que el brote de esta enfermedad constituía una emergencia de salud pública de importancia internacional[1]. La Covid-19 ha afectado y viene afectando a millones de personas en el mundo, siendo el caso que, solo en el Perú, desde la fecha que se reportó el primer caso de Covid-19 en el país y hasta la fecha ha causado más de 201,108 fallecidos[2]. No cabe duda alguna de que la Covid-19 es un problema de salud pública, dado que, como señala Paniagua Suárez, este tipo de problemas *"(…) afecta negativamente el bienestar de los individuos y de la población y puede analizarse desde su magnitud o su letalidad"* (PANIAGUA SUAREZ, 2013, pág. 4).

En nuestro país, la Ley de Tratamiento del Covid-19 reconoce la obligación del Estado de garantizar el acceso libre y voluntario de la población al tratamiento preventivo y curativo de esta enfermedad (art. 1°). Para este efecto, de declaró

1 Punto 5.1. del Documento Técnico: Plan Nacional Actualizado de Vacunación contra la Covid-19, aprobado por Resolución Ministerial N° 488-2021-MINSA.

2 De acuerdo a la información de la Sala Situacional Covid-19 en el Perú al 04/12/2021 (https://covid19.minsa.gob.pe/sala_situacional.asp)

a los medicamentos y vacunas que permitan curar y prevenir esta enfermedad como bienes esenciales (art. 2°); por ende, la adquisición, distribución y disponibilidad de medicamentos y vacunas será gratuito y universal para todos los habitantes del país (art. 4°); siendo el MINSA, como ente rector, el responsable de establecer el esquema de vacunación con la participación de los gobiernos regionales y de los sectores de salud para así garantizar el acceso y la cobertura de la vacuna contra la Covid-19 (art. 5°).

De acuerdo con el Plan Nacional de Vacunación contra la Covid-19, aprobado por Resolución Ministerial N° 488-2021-MINSA, la vacunación es la estrategia central en la etapa actual de la pandemia, de tal forma que esta se desarrolle respetando un rango etario (orden decreciente), personas con comorbilidades, territorialidad, comunidades indígenas, entre otras y según una estrategia territorial. Para este efecto, el MINSA, en colaboración con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) construyó el Padrón Nominal de Vacunación Universal, con el objetivo de vacunar a 24'979,565 peruanos mayores de 18 años.

Conforme a lo previsto en el punto 9.1 del referido Plan Nacional de Vacunación contra la Covid-19, a nivel nacional, la conducción y coordinación está a cargo del MINSA, *"(…) bajo la coordinación y dirección del Viceministerio de Salud Pública, la Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública y la Dirección de Inmunizaciones, articula con otros ministerios, instituciones públicas y privadas, organizaciones, asociaciones civiles, sociedades científicas, EsSalud e instituciones de Salud"*. A nivel regional, dicha coordinación está a cargo de la Gerencia Regional de Salud, Dirección Regional de Salud y la Dirección de Redes Integradas de Salud.

El objetivo general del Plan Nacional de Vacunación está referido a organizar e implementar las actividades de vacunación segura contra la Covid-19 de forma gratuita y universal para toda la población; y, de forma específica a *"(…) reducir la morbimortalidad por COVID-19 en el país, mediante la provisión y aplicación de vacunas seguras y de calidad; contribuir a la progresiva normalización de las actividades en el país; y fortalecer la reactivación económica en el plazo más breve posible"*[3]. La vacunación contra la Covid-19, por ende, no solo está enfocada

3 Puntos 2.1 y 2.2 del Documento Técnico: Plan Nacional Actualizado de Vacunación contra la Covid-19, aprobado por Resolución Ministerial N° 488-2021-MINSA.

en reducir la mortalidad de esta enfermedad; sino que, además, constituye un instrumento de salud pública orientado a coadyuvar al retorno paulatino a la normalidad de todas las actividades en el país y, así, robustecer la reactivación económica que permita regresar—por lo menos—a los niveles de productividad que se registraban hasta antes del 15 de marzo de 2020.

2. La participación y responsabilidad del empleador en la vigilancia de la vacunación contra la Covid-19

La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, prevé que el empleador es garante de la seguridad y salud en el trabajo de todas las personas, sin importar su condición o vínculo laboral, que se encuentren dentro de sus instalaciones. Así, y en el contexto de la reactivación económica durante la pandemia de la Covid-19, se aprobaron diversas directivas que necesariamente debía observar el empleador para prevenir y controlar esta enfermedad en el lugar de trabajo.

De este modo, y como he señalado en otro lugar, el monitoreo del estado de salud de los trabajadores constituye una actividad fundamental para evitar la propagación de la Covid-19 en el lugar de trabajo, por lo que la vigilancia de su salud forma parte de las obligaciones del empleador en materia del monitoreo de los agentes biológicos que estarían presentes en el lugar de trabajo (COSSIO PERALTA, 2020, pág. 250). La Covid-19 acentúa el cumplimiento del deber de prevención del empleador, quien tendrá que maximizar sus esfuerzos en el control estricto del estado de salud de todos los trabajadores que retornen a sus labores presenciales. Ese sentido, los lineamientos de prevención y control de vigilancia de la Covid-19 en el lugar de trabajo elaborados por el MINSA—aprobados por la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA, que luego fue modificada por la Resolución Ministerial N° 972-2020-MINSA—añadieron nuevas obligaciones al deber general de prevención del empleador, configurándose, de este modo, un "deber de prevención reforzado" (COSSIO PERALTA, 2020, pág. 251).

Los referidos lineamientos han sido modificados mediante la Resolución Ministerial N° 1275-2021-MINSA, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 3 de diciembre de 2021 que aprobó la Directiva Administrativa[4]. A partir del

4 En el artículo 2° de la mencionada resolución ministerial se derogó íntegramente la

4 de diciembre de 2021, todo empleador del sector público o privado está obligado a cumplir con los lineamientos previstos en esta Directiva Administrativa[5], máxime si esta tiene por objetivo general el establecimiento de las *"disposiciones para la vigilancia y control de salud de los trabajadores con riesgo de exposición a SARS-CoV-2"*.

A pesar de que la Ley de Tratamiento contra la Covid-19 prevé la obligación del Estado de garantizar el acceso libre y voluntario al tratamiento de esta enfermedad a toda la población del país, lo que incluye la aplicación de cualquiera de las vacunas aprobadas por el MINSA; en la Directiva Administrativa se han establecido obligaciones específicas al empleador respecto al seguimiento y fiscalización de la vacunación de su personal. En efecto, se dispone que el empleador está obligado a garantizar un ambiente de trabajo seguro, para lo cual deberá verificar que todos sus trabajadores estén "*(…) debidamente vacunados para la Covid-19 primera y segunda dosis y dosis de refuerzo*"[6]. *Contrario sensu,* y bajo la consideración de esta Directiva Administrativa, si un empleador permite o autoriza la presencia en el centro de trabajo de trabajadores no vacunados o no "debidamente vacunados", determinaría que no exista un ambiente de trabajo seguro para los trabajadores vacunados[7] que estén dentro de sus instalaciones.

Esta Directiva Administrativa habría incorporado una suerte de presunción de inseguridad—que, inclusive, podría ser calificada como *"iure et de iure"* que no admite prueba en contrario—sobre los centros de trabajo en los que se detecte la presencia de trabajadores no vacunados. Bajo esta directiva, el trabajador no vacunado sería un peligro potencial para todas aquellas personas vacunadas que estén dentro de las instalaciones del centro de trabajo.

Resolución Ministerial N° 972-2020.

5 De acuerdo con el punto III de la Directiva Administrativa, esta se aplica a: (i) las personas naturales y jurídicas que desarrollan actividades económicas en el sector público y privado; (ii) entidades del sector público; y, (iii) personal con vínculo laboral, contratado bajo cualquier régimen o modalidad; y las personas bajo modalidad formativa, en el sector público y privado, según corresponda.

6 Literal a) del punto 6.1. de la Directiva Administrativa.

7 De acuerdo con la Directiva Administrativa, se entiende por "Trabajador Vacunado" a *(…) toda persona natural que desempeña una actividad laboral subordinada o autónoma, para un empleador privado o para el Estado que haya cumplido con el esquema de vacunación para COVID-19 establecido por el Ministerio de Salud, primera y segunda dosis y dosis de refuerzo acreditado por su certificado de vacunación".*

A la vez, la Directiva Administrativa prevé la obligación del empleador de realizar actividades para la sensibilización de los trabajadores a fin de prevenir el contagio en el centro de trabajo. Dentro de estas actividades se incluyen las referidas a *"(…) brindar orientación sobre la Covid-19 y las medidas de disminución del riesgo de infectarse por SARS-CoV-2 en las actividades de capacitación. Estas deben incluir vacunación, ventilación, distanciamiento físico y uso de una mascarilla KN95 (…);* así como *"(…) informar de los beneficios de la vacunación en la prevención de formas graves de la enfermedad y la disminución de probabilidades de morir por la infección del virus SARS-CoV-2"*[8].

Asimismo, la Directiva Administrativa prevé disposiciones específicas para el regreso al trabajo presencial. Este regreso parte de la premisa de que el trabajador no sea un caso sospechoso, ni confirmado de Covid-19 y que cuente con la vacunación completa para la Covid-19 (primera y segunda dosis, y dosis de refuerzo); y, en el caso de los trabajadores comprendidos dentro del grupo de riesgos con vacunación incompleta o pendiente, deberán continuar realizando trabajo remoto[9]. En tal virtud, los trabajadores vacunados (que no sean un caso sospechoso o confirmado de COVID-19), incluyendo los trabajadores con factores de riesgo y que estén vacunados contra esta enfermedad[10], podrán regresar a las labores presenciales, sin perjuicio de que el empleador adopte las medidas particulares de prevención correspondientes, considerando el nivel de exposición del puesto de trabajo (bajo, mediano, alto y muy alto)[11].

8 Literal d) del punto 6.2 de la Directiva Administrativa.

9 Numeral 6.2.1 de la Directiva Administrativa.

10 Para los trabajadores integrantes de los grupos de riesgo se ha previsto que se tenga en cuenta: (i) la información clínica que tiene que ser valorada por el Médico ocupacional a cargo, quien tendrá que determinar la modalidad de trabajo; (ii) prioritariamente deben realizar trabajo remoto, siendo el caso que el trabajo semipresencial o presencial será indicado por el Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo, teniendo en cuenta el estado de vacunación contra la Covid-19 y el nivel de alerta de la región; (iii) en caso de trabajadores que presenten un factor de riesgo y soliciten regresar a labores de alto o muy alto riesgo de exposición deben de pasar por una evaluación médica individualizada, dejando constancia en un acta que recibieron toda la información de los riesgos que representa su retorno al trabajo presencial; entre otros. Ver punto 6.2.4 de la Directiva Administrativa.

11 En el Anexo N° 8 de la Directiva Administrativa se precisó lo siguiente respecto al retorno al trabajo presencial de los trabajadores comprendidos dentro del grupo de riesgo:

9. Evaluar la necesidad del retorno de los trabajadores de grupos de riesgo, según el nivel de alerta de acuerdo a la tabla siguiente, donde SI = Retorna el trabajo Presencial o Mixto y NO = Retorna el Trabajo Presencial o Mixto.

La Directiva Administrativa complementa lo dispuesto en el artículo 14.7 del Decreto Supremo N° 168-2021-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 174-2021-PCM. Así, a partir del 15 de diciembre de 2021, se condicionan las actividades presenciales de las empresas de 10 a más trabajadores, a la acreditación de que todos sus trabajadores cuentan con el esquema completo de vacunación, debiendo, inclusive, acatar los lineamientos específicos que apruebe el MINSA; es decir, los establecidos en la Directiva Administrativa. Se tratan, entonces, de normas autoritativas que establecen los requisitos indispensables para que los empleadores ejecuten labores de forma presencial.

No obstante, y conforme al marco legal vigente en Perú, la vacunación contra la Covid-19 es libre y voluntaria, por lo que, si bien es cierto que esta se trata de una de las herramientas más eficaces de salud pública para enfrentar la pandemia, también lo es que el empleador no estaría habilitado legalmente a forzar la vacunación de su personal. A pesar de ello, el Gobierno peruano sí restringe las operaciones presenciales del empleador a la vacunación de todo su personal y establece una presunción de inseguridad del centro de trabajo si permite y/o autoriza el ingreso de personal no vacunado.

En otras palabras, el Gobierno peruano no ha previsto la obligatoriedad de la vacunación contra la Covid-19 para toda la población; empero, sí establece obligaciones concretas al empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo, para verificar que todos sus trabajadores se encuentren debidamente vacunados, bajo apercibimiento de que no pueda operar de forma presencial y que se considere que el centro de trabajo no reúne las condiciones de un ambiente de trabajo seguro y saludable para los trabajadores vacunados. De esta forma, el Gobierno impone una carga y/u obligación adicional al empleador, cuya observancia no

Nivel de riesgo en el lugar de trabajo*	Nivel de Alerta por Departamento-Covid-19											
	Nivel Extremo			Nivel Muy Alto			Nivel Alto			Nivel Moderado		
Muy Alto	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	NO	NO
ALTO	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	NO	NO
MEDIANO	SI	NO	NO	SI	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO
BAJO	SI	NO	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	NO
Condición del trabajador	Sin riesgo individual	Grupo de riesgo con vacunación completa	Grupo de riesgo NO vacunado	Sin riesgo individual	Grupo de Riesgo con vacunación completa	Grupo de Riesgo No vacunado	Sin riesgo individual	Grupo de Riesgo con vacunación completa	Grupo de Riesgo No vacunado	Sin riesgo individual	Grupo de riesgo con vacunación completa	Grupo de Riesgo NO vacunado

se encuentra dentro de sus facultades, pues la decisión de vacunarse contra la Covid-19 compete a cada trabajador.

Más aún, resulta peculiar que en el Decreto Supremo N° 174-2021-PCM se haya establecido de forma indirecta la vacunación obligatoria para determinado grupo de personas; pero, para efectos de la operación presencial de las empresas de 10 a más trabajadores, se haya previsto la obligación del empleador de verificar la vacunación de su personal. En efecto, los trabajadores del sector salud deberán contar con la vacunación completa para cumplir sus labores de forma presencial en el centro de trabajo[12]; los mayores de 45 años solo podrán utilizar el transporte interprovincial terrestre y aéreo si acreditan sus dosis completa de vacunación[13]; los mayores de 18 años solo podrán ingresar a establecimientos cerrados si acreditan su esquema completo de vacunación contra la Covid-19[14]; los choferes y cobradores de todo servicio de transporte público, así como los choferes de servicio de reparto solo podrán operar si acreditan su esquema completo de vacunación[15].

El empleador puede coadyuvar con el Estado a fomentar la vacunación contra la Covid-19 de su personal, a través de charlas informativas, capacitaciones, actividades de fomento, entre otras; pero el Estado no podría generar o trasladar al empleador acciones que corresponden a la salud pública. Más aún, y como bien sostiene Cruz Villalón, la pandemia por coronavirus trasciende al ámbito de las relaciones laborales, en tanto el riesgo de contagio y transmisión concierne al conjunto de la población, y no solo a los trabajadores que comparten un centro de trabajo, con lo cual la vacunación se sitúa en el seno de la salud pública y no, en rigor, como un aspecto de prevención de riesgos laborales (CRUZ VILLALÓN, 2021). De ahí que, en palabras de Cruz Villalón, *"(…) a quien le corresponde decidir la obligatoriedad o no de la vacuna frente a la COVID es a la autoridad sanitaria y no al empleador"*.

Inclusive, a modo de referencia, debe tenerse en cuenta que en el Informe N° 0122-2021-MTPE/2/15.2 de fecha 20 de setiembre de 2021[16], la Dirección

12 Artículo 8.6 del Decreto Supremo N° 174-2021-PCM.

13 Artículo 14.5 y 14.9 del Decreto Supremo N° 174-2021-PCM.

14 Artículo 14.6 del Decreto Supremo N° 174-2021-PCM.

15 Artículo 14.8 del Decreto Supremo N° 174-2021-PCM.

16 A dicha fecha no se habían emitido las disposiciones que obligaban al empleador a verificar

de Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo concluyó, de forma expresa, lo siguiente:

> *"4.3. Al ser considerada la pandemia por la COVID-19, como un problema de salud pública más que de salud ocupacional, le corresponde al MINSA establecer los lineamientos técnicos correspondientes, que incluyan a la vacunación como un elemento nuevo para determinar el retorno de los trabajadores a realizar trabajo presencial en los centros de labores.*
>
> *4.4. Finalmente, teniéndose en consideración el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad estipulado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993, en concordancia con el artículo 1 de la Ley N° 21091, la vacuna contra la COVID-19 no es obligatoria, por lo que los empleadores no pueden obligar a los trabajadores a vacunarse. Sin embargo, sí puede establecer una serie de incentivos que coadyuven a que la mayoría de sus trabajadores se vacunen".* (Énfasis añadido)

En consecuencia, si bien en el punto 6.5.1 de la Directiva Administrativa se faculta a los empleadores a *"(…) establecer mayores medidas de prevención con relación a las características de la actividad económica, de los puestos de su centro de trabajo y el riesgo de exposición a COVID-19 (…)"*, mientras que el marco legal vigente aún prevea el acceso libre y voluntario a los medicamentos y tratamiento de la Covid-19, el empleador no podría implementar una vacunación obligatoria como instrumento de prevención de la Covid-19 en el lugar de trabajo. La obligación del empleador de verificar la vacunación completa de su personal subsiste y la prohibición de operar de forma presencial condicionada a dicha verificación entrará en vigor a partir del 15 de diciembre de 2021, ¿qué sucederá, entonces, con el personal no vacunado? ¿Existirán situaciones eximentes de la vacunación que deban ser atendidas por el empleador?

III. El personal no vacunado: ¿libertad de conciencia y religión como supuestos eximentes de la vacunación contra la Covid-19?

En el punto precedente se ha detallado que la vacunación contra la Covid-19 es un instrumento de salud pública y no una obligación de seguridad y salud en el trabajo que corresponda al empleador, máxime si el marco legal vigente no establece la obligatoriedad de la vacuna. Sin embargo, cabe preguntarse si en el Decreto Supremo Nos. 167-2021-PCM y 174-2021-PCM; así como en la Di-

que todos sus trabajadores cuenten con el esquema completo de vacunación.

rectiva Sanitaria aprobada por MINSA se han regulado o tipificado supuestos que eximan a las personas a vacunarse contra la Covid-19. Cierto es que en ninguna de las disposiciones recogidas en los mencionados instrumentos normativos se ha regulado algún supuesto que habilite o justifique a una persona a no vacunarse contra la Covid-19. Las restricciones comentadas y señaladas en el punto precedente—en particular las relativas al trabajo presencial a partir del 15 de diciembre de 2021—se aplicarán sin excepción alguna respecto de las personas no vacunadas, sin perjuicio de las consideraciones personales o particulares que hayan motivado dicha decisión.

En efecto, pueden ser múltiples los motivos que podrían conllevar a una persona a no vacunarse; sin embargo, estos podrían subsumirse en tres grandes categorías: (i) por motivos religiosos o de credo; (ii) por motivos de salud; o; (iii) simplemente por no creer en las vacunas en general. Así, ni en los Decretos Supremos antes señalados, ni en la Directiva Administrativa se han establecido alternativas que puede adoptar el empleador frente a los trabajadores que, por cualquier de dichas razones, no haya decidido vacunarse contra la Covid-19.

A partir de ello, consideramos relevante señalar algunos aspectos que requerirán respuesta urgente por parte del Gobierno Peruano y, en su momento, por las autoridades jurisdiccionales.

1. Derechos fundamentales que no pueden suspenderse durante el estado de emergencia nacional

A través del Decreto Supremo N° 174-2021-PCM se prorrogó el Estado de Emergencia Nacional dispuesto por el Decreto Supremo N° 184-2020-PCM, de modo tal que este régimen de excepción estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2021. De este modo, y hasta la referida fecha, en todo el territorio nacional han quedado restringidos el ejercicio de los *"(…) de los derechos constitucionales relativos a la libertad y seguridad personales, la libertad de domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito, comprendidos en los incisos 9, 11, y 12 del artículo 2° inciso 24 apartado f) del mismo artículo de la Constitución Política del Perú"*. ¿Esta restricción alcanza al derecho fundamental a la libertad de conciencia, pensamiento y religión? En efecto, ¿cuál es la respuesta del Estado frente a las personas que, por cualquiera de estos motivos, ha decidido no vacunarse?

Al respecto, cabe recordar que, el Perú al ser un estado parte de la Organización de los Estados Americanos y ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), está obligado informar a los demás estados parte cuando ha hecho uso de su derecho a la suspensión de las garantías previstas en el CADH, el cual está previsto para situaciones excepcionales, de guerra u otra emergencia que amenace la seguridad de un Estado (FERRER MAC-GREGOR, 2021, pág. 54). En el artículo 27.1 de la CADH se establece que esta suspensión de garantías no debe entrañar *"(…) discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social"*. Por ende, en el artículo 27.2 del mismo instrumento interamericano se ha previsto, en palabras del FERRER MAC-GREGOR, un "núcleo inderogable" de derechos (2021, pág. 57) durante este régimen de suspensión, entre el que se encuentra el derecho a la libertad de conciencia y religión, recogido en el artículo 12° de la CADH.

El artículo 12° de la CADH prevé los alcances del derecho a la libertad de conciencia y religión; y, al mismo tiempo, dispone que la manifestación de este derecho puede ser objeto de restricciones establecidas por ley, que tengan por objeto preservar la seguridad, orden y salud de los demás. De forma literal, el referido artículo dispone lo siguiente:

> "Libertad de Conciencia y de Religión
>
> 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.*
> 2. *Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.*
> 3. *La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás".*

Rodríguez Blanco, a propósito de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (TC) en el Expediente N° 5680-2009-PA/TC, recuerda que el TC ha concebido al derecho a libertad de conciencia como la libertad de la persona para elegir entre una particular concepción ética o moral y actuar conforme a dicha creencia; en cambio, el derecho a libertad religiosa, está vinculado a tener

una o más creencias religiosas y comportarse según tales creencias (RODRÍGUEZ BLANCO, 2014, pág. 43). Para este autor, los límites entre una y otra libertad resultan ser difusos, por lo que, en rigor, no considera adecuado establecer distinciones al tratarse de una única libertad que *"(…) protege el derecho de la persona a tener determinadas creencias o convicciones, a cambiarlas, a actuar conforme ellas y a manifestarlas, tanto en público como en privado, y de manera individual o colectiva"* (RODRÍGUEZ BLANCO, 2014, pág. 44).

Bajo estos parámetros, si una persona no se ha vacunado y no desea vacunarse contra la Covid-19, ya sea porque no cree en la vacuna por cualquier motivo; o porque su religión no se lo permite; no cabe duda de que estaría actuando conforme a sus convicciones, manifestando con su negativa su creencia o religión. No obstante, y conforme así está reconocido en la CADH, este tipo de manifestación (negativa a vacunarse contra la Covid-19), se encontraría sujeta a los límites establecidos por ley, los cuales, en el contexto de emergencia sanitaria, están vinculados a la protección de la salud pública. En el caso peruano—que no es el único—tales restricciones como hemos anotado están vinculadas al ejercicio de la libertad de tránsito y, en el ámbito laboral, a que el empleador verifique el esquema de vacunación completa para que puedan realizar trabajo presencial dentro de las instalaciones del empleador.

En definitiva, estas restricciones previstas por el Gobierno peruano, probablemente sean materia de análisis por las autoridades jurisdiccionales y constitucionales, quienes deberán examinar estas bajo los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha previsto un test de proporcionalidad para definir si una restricción a derechos fundamentales, que pasará por verificar si: a) se encuentra definida por ley; b) esté vinculada a un objetivo legítimo; c) resulte idónea para dicho objetivo; d) sea necesaria, lo que implica optar por la que representa una menor injerencia en el derecho fundamental para llegar a ese objetivo; y, d) sea proporcional en sentido estricto (FERRER MAC-GREGOR, 2021, pág. 53).

2. Vacunación obligatoria para trabajadores: la experiencia comparada

En Bélgica a partir del 1° de enero de 2022, los trabajadores del sector salud tendrán un plazo máximo de tres meses para vacunarse contra la Covid-19;

inclusive, los trabajadores no vacunados durante ese periodo enfrentarán una suspensión de sus contratos de trabajo, salvo que presenten una certificación de estar recuperados de cualquier afectación por Covid-19 o resultados negativos de forma periódica (Associated Press, 2021). Por su parte, Italia fue el primer país de la Unión Europea que, a partir del 15 de octubre de 2021, obligó a sus habitantes a estar vacunados contra la Covid-19, como condición esencial para trabajar o prestar servicios a domicilio, ya sea en el sector público o privado. Inclusive, las personas que prestan servicios bajo relación de dependencia que no cuenten con el certificado verde contra la Covid-19, tendrían que regresar a sus domicilios y, de no presentar dicho certificado en un plazo de 5 días, se suspendería su sueldo además de ser multados hasta con 1000 euros (VERDÚ, 2021).

En noviembre de 2021, la Corte Europea de Derechos Humanos rechazó dos peticiones cautelares presentadas por trabajadores de primera línea (bomberos y trabajadores del sector salud) que pretendían suspender las disposiciones emitidas por los gobiernos francés y griego, en las que se estableció la obligatoriedad de la vacuna contra la Covid-19 como condición para prestar servicios en dicho sector (OWENS, 2021). Si bien en dichas decisiones la Corte Europea de Derechos Humanos no analizó el fondo de las peticiones, OWENS recuerda que, sobre la base de jurisprudencia reciente de dicha corte, probablemente tales peticiones no tendrían éxito, dado que en un pronunciamiento emitido en un caso contra la República Checa sobre la vacunación obligatoria como requisito para que niños sean admitidos a centros de cuidado. Dicha corte sostuvo que, a pesar de que la vacunación obligatoria pueda constituir una infracción al derecho a la vida privada, la medida aplicada por dicho gobierno resultaba justificada si era necesaria para la protección de los derechos de otros y la salud pública en general (OWENS, 2021).

A nivel latinoamericano, específicamente en Brasil, el Tribunal Supremo avaló la vacunación obligatoria contra la Covid-19 (BBC News Mundo, 2020); y, en la ciudad de Sao Paulo se estableció la obligatoriedad de la vacuna para todos los empleados públicos de dicha capital, quienes incurrirán en una falta disciplinaria grave si se rehúsan a vacunarse, sin causa justificada (Andina Noticias, 2021). En República Dominicana para ingresar a los centros de trabajo con espacios cerrados las personas deberán acreditar que cuentan con las dos dosis de la vacuna contra la Covid-19, para lo cual tendrán que presentar su

tarjeta de vacunación correspondiente; admitiéndose la posibilidad de que la autoridad sanitaria de dicho país conceda un permiso especial a las personas que no se hayan vacunado por razones médicas (FERNANDEZ JARA, 2021).

Finalmente, en Estados Unidos, el presidente Joe Biden impulsó una política para exigir la vacunación a todos los trabajadores que presten servicios en empresas o centros de trabajo que cuenten con más de 100 personas; y, para quienes se opusieran a la vacunación, estos tendrían que presentar pruebas Covid-19 negativas con una periodicidad de 10 días. Esta política anunciada por Biden fue suspendida a los pocos días por la Corte de Apelaciones del 5° Circuito de los Estados Unidos, debido a que tales medidas conllevarían graves problemas contra las garantías individuales que reconoce la constitución de dicho país (MUNGUÍA & TEIXEIRA, 2021).

IV. Aspectos no resueltos por el gobierno peruano: ¿cuál será la situación laboral del personal no vacunado?

A partir del 15 de diciembre de 2021, el empleador debe verificar que todos sus trabajadores cuenten con el esquema completo de vacunación contra la Covid-19 (primera y segunda dosis, y dosis de refuerzo); siendo este un requisito para que pueda operar de forma presencial. Si bien la norma ha sido redactada en el sentido de una norma autoritativa, una interpretación bajo parámetros de razonabilidad deberá estar dirigida a entender que este requisito resultará exigible respecto de aquellos trabajadores que realicen labores presenciales, y no sobre todo el personal. Bajo el marco legal vigente, el trabajador no vacunado no podrá prestar servicios de forma presencial; y/o, el empleador no podrá autorizar el trabajo presencial o permitir el ingreso al centro de trabajo de personal no vacunado.

Cabe, por ende, preguntarse sobre cuál será la situación del personal no vacunado a partir de dicha fecha. Es decir, ¿qué medidas tendría que adoptar el empleador frente a trabajadores que no se han vacunado, ya sea por razones religiosas, por sus creencias personales, por razones médicas, o por cualquier otra motivación, si sus actividades solo pueden ser ejecutadas de forma presencial? Este escenario aún no ha sido objeto de regulación por el gobierno peruano; sin embargo, en el ámbito internacional—como hemos visto en el punto precedente—se han aprobado o permitido suspensiones de salarios e, inclusive, se desliza

la posibilidad de aplicar medidas disciplinarias como, por ejemplo, el despido en contra de los trabajadores no vacunados. En dicho contexto, señalaremos dos medidas laborales que probablemente estén en la órbita de los empleadores respecto de trabajadores no vacunados cuya labor debe ejecutarse necesariamente de forma presencial: despido y suspensión de contrato de trabajo.

1. ¿Despido de trabajadores no vacunados?

Esta medida resultará ser la más controvertida de todas. Para Servais, inclusive, la aplicación de cualquier medida disciplinaria contra los trabajadores no vacunados resultará inapropiada, puesto que pueden existir personas que rechacen las vacunas por motivos religiosos o médicos, por motivos particulares (SERVAIS, 2021, pág. 10). Por su parte, Rodríguez Cardo sostiene que aquellos trabajadores no vacunados que se encuentren en buenas condiciones de salud no podrían ser despedidos, ni sufrir consecuencias negativas por rehusarse a vacunarse contra la Covid-19, toda vez que el riesgo de contagio está más vinculado a un simple temor de la enfermedad, en lugar de un riesgo actual del propio trabajador (RODRÍGUEZ CARDO, 2021). Cruz Villalón acota que el despido y cualquier otra medida disciplinaria contra trabajadores que se nieguen a vacunarse resultaría ilícita; y, un eventual despido debería ser declarado nulo por afectar derechos fundamentales y libertades públicas (CRUZ VILLALÓN, 2021).

En nuestro país, el despido de un trabajador que presta servicios cuatro o más horas diarias para un mismo empleador solo puede producirse por causa justificada prevista por ley motivada en su capacidad o en su conducta[17]. El despido de un trabajador no vacunado no podría subsumirse en alguno de estos supuestos. Veamos.

De las causas referidas a la capacidad del trabajador[18], la única vinculada a temas de seguridad y salud es la referida a *"(…) la negativa injustificada del tra-*

17 Artículos 22 a 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL).

18 Las otras causales están vinculadas a la incapacidad sobreviniente determinante para el desempeño de las tareas (inciso a del artículo 23° de la LPCL); y rendimiento deficiente por debajo del promedio de otros trabajadores que laboren en condiciones similares

bajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes"[19]. Es claro que la vacunación contra la covid-19 no califica como un examen médico obligatorio previsto por ley; ni mucho menos constituiría una medida profiláctica prescrita por un médico para la recuperación de la salud del trabajador; por lo que esta causal resultaría de difícil y contingente aplicación.

Ahora bien, incluso si se aceptase que la vacunación contra la Covid-19 constituye una prescripción del médico ocupacional del empleador para garantizar la seguridad y salud en el trabajo en el centro de labores, esta causal requiere que se acredite una "negativa injustificada". De ahí que, como hasta la fecha la vacunación contra la Covid-19 no es obligatoria; se trata de un instrumento de salud pública; no compete al ámbito de prevención de riesgos laborales en el lugar de trabajo; y, peor aún, podrían existir razones vinculadas a la libertad de conciencia y religión que sustenten la negativa del trabajador. De producirse el despido y se someta al escrutinio judicial, el Juzgador tendrá que evaluar si, en efecto, se trató de una negativa injustificada.

Con relación a los supuestos de despido motivados en la conducta del trabajador[20], la única causal que merecería un breve comentario es la referida a la comisión de falta grave por incumplimiento de las obligaciones de trabajo que suponen un quebrantamiento de la buena fe laboral que hagan irrazonable la subsistencia del vínculo[21].

La vacunación contra la Covid-19, como ya hemos señalado, es instrumento de salud pública que es competencia exclusiva del Ministerio de Salud, como su ente rector; y no se trata de un mecanismo de prevención de riesgos laborales en el lugar de trabajo. Por tanto, la negativa del trabajador a vacunarse contra esta enfermedad no calificaría como un incumplimiento a sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, las cuales sí pueden ser materia de la

(inciso b del artículo 23° de la LPCL).

19 Inciso c) del artículo 23° de la LPCL.

20 De acuerdo con el artículo 24° de la LPCL, los supuestos son la inhabilitación administrativa por un periodo superior a tres meses; la condena penal por delito doloso; y la comisión de faltas graves.

21 Inciso a) del artículo 25° de la LPCL.

aplicación de medidas disciplinarias por parte del empleador[22]. Más aún, tampoco calificaría como un quebrantamiento de la buena fe laboral, la cual está referida a la inobservancia de los deberes esenciales, tales como la honestidad, la lealtad, puntualidad, entre otros, que resultan inmanentes a cualquier relación de trabajo.

2. Suspensión de contrato de trabajo de trabajadores no vacunados ¿perfecta o imperfecta?

Primera hora del día 15 de diciembre de 2021, la empresa verifica que el trabajador que necesariamente debe ejecutar labores presenciales—por ejemplo, operador de maquinaria pesada—no cuenta con su esquema completo de vacunación contra la Covid-19, por lo que su empleador le informa que, conforme al marco legal vigente, no puede ingresar al centro de trabajo. ¿Cuál es la opción o medida que debe adoptar el empleador? El gobierno no ha establecido alguna directiva o pauta respecto a este probable escenario.

En estricto, la situación descrita implica que el trabajador se vea impedido de prestar servicios para su empleador. Así, y conforme prevé el artículo 6° de la LPCL, la remuneración se abona como contraprestación al servicio prestado; por lo que, al no existir prestación, no corresponde su pago por parte del empleador. Esto calificará, en rigor, como una suspensión perfecta del contrato de trabajo, conforme a lo previsto en el artículo 11° de la LPCL, dado que cesará temporalmente la obligación del trabajador del trabajador y la del empleador de pagar la remuneración respectiva.

No obstante, en nuestra legislación, la suspensión del contrato de trabajo está sujeta a una reserva de ley; vale decir, las causales deben estar expresamente contempladas en la ley. El artículo 12° de la LPCL detalla los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, en cuyo artículo ll) dispone que son causas de suspensión del contrato de trabajo *"(…) otros establecidos por norma expresa"* y que *"(…) la suspensión del contrato de trabajo se regula por las normas que correspondan a cada causa".*

22 Artículo 109° del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR.

En consecuencia, resulta indispensable que el gobierno peruano emita disposiciones complementarias para definir la situación del personal no vacunado; máxime si, la empresa está obligada, por ley, a verificar que todos sus trabajadores cuenten con su esquema completo de vacunación. Si un trabajador no puede prestar servicios de forma presencial por no estar vacunado, ello no corresponde a una decisión del empleador, sino más bien al acatamiento de un dispositivo legal. Este impedimento legal estaría más cercano a un supuesto de fuerza mayor, el cual faculta al empleador a proceder con una suspensión perfecta (y no una imperfecta) del contrato de trabajo hasta por un máximo de 90 días, que no requiere autorización previa, pero sí de aviso inmediato a la Autoridad Administrativa de Trabajo y de la acreditación de, en lo posible, haber otorgado vacaciones vencidas o anticipadas, y cualquier otra medida que evite agravar razonablemente la situación de tales trabajadores[23].

V. Conclusiones

1. La vacunación contra la Covid-19 es un instrumento de Salud Pública y no una obligación del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo. Por tanto, el empleador no podría asumir consecuencias negativas o multas por parte de la Administración de Trabajo ante la falta de vacunación por parte de su personal, máxime si, en Perú, la vacunación contra la Covid-19 no es obligatoria.
2. El empleador tiene el deber de adoptar las medidas previstas por el Ministerio de Salud para prevenir el contagio en el lugar de trabajo como, por ejemplo, las relativas a la protección colectiva, priorizando el teletrabajo, estableciendo barreras de protección, guardar la distancia, asegurar la limpieza y desinfección de manos de forma obligatoria, entre otros, así como promover y/o fomentar la vacunación del personal. Sin embargo, no se podría condicionar las operaciones de un empleador a la vacunación de todos sus trabajadores, cuando la vacunación contra la Covid-19 no es obligatoria, y existen múltiples razones, incluidas las referidas a los derechos fundamentales a la libertad de conciencia y religión que podrían sustentar la negativa del personal.

23 Artículo 15° de la LPCL.

3. Las restricciones establecidas por el gobierno peruano para las personas no vacunadas estarían sustentadas en razones de salud pública, por lo que los cuestionamientos vinculados a la vulneración de derechos fundamentales a la libertad de conciencia y religión y razones médicas justificadas tendrían que ser ponderados por parte de las autoridades jurisdiccionales.
4. Urge que el gobierno peruano emita disposiciones complementarias para resolver la situación del personal no vacunado—cualquiera que sea el motivo de su negativa—cuyas actividades necesariamente se ejecutan de forma presencial.

VI. Bibliografía

Andina Noticias. (7 de agosto de 2021). *Andina*. Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de https://andina.pe/agencia/noticia-brasil-sao-paulo-decreta-obligatoria-vacuna-anticovid-para-sus-funcionarios-856762.aspx

Associated Press. (16 de noviembre de 2021). *The San Diego Union – Tribune*. Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de https://www.sandiegouniontribune.com/en-espanol/noticias/story/2021-11-16/belgica-vacuna-sera-obligatoria-para-trabajadores-de-salud

BBC News Mundo. (18 de diciembre de 2020). *BBC News*. Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-55359508

Cossio Peralta, A. J. (2020). "La Nueva Convivencia Social en el Trabajo": El derecho a la intimidad y la vigilancia de la salud de los trabajadores en tiempos del Covid-19. *Laborem: Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* , 243 – 261.

Cruz Villalón, J. (2 de febrero de 2021). *Labor. Il lavoro nel diritto*. Recuperado el 5 de diciembre de 2021, de https://www.rivistalabor.it/nulidad-del-despido-por-negativa-vacunarse-y-por-contagio/

Fernandez Jara, M. (9 de octubre de 2021). *Europa Press*. Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de https://www.europapress.es/internacional/noticia-personas-no-vacunadas-no-podran-trabajar-acceder-espacios-publicos-republica-dominicana-20211009234407.html

Ferrer Mac-Gregor, E. (2021). Restricción y Suspensión de Derechos en los Tiempos del Coronavirus (Reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana). En S. POZZOLO, J. J. MORESO, & P. P. GRANDEZ (Edits.), *Derecho, derechos y pandemia* (Primera ed., págs. 51-70). Lima: Palestra Editores S.A.C.

Instituto Nacional de Salud. (2017). *Fundamentos de Salud Pública* (Primera ed.). Lima: Ministerio de Salud.

Munguía, A., & Teixeira, L. (26 de noviembre de 2021). *LexLatin*. Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de https://lexlatin.com/reportajes/exigir-vacuna-para-trabajar-legalidad-latinoamerica

Owens, R. (4 de noviembre de 2021). *Human Rights Pulse*. Recuperado el 4 de noviembre de 2021, de https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/european-court-of-human-rights-rejects-requests-to-suspend-mandatory-covid-19-vaccinations

Paniagua Suarez, R. E. (marzo de 2013). ¿Qué es un problema de salud pública? *Universidad de Antioquia*, 1-7. Recuperado el 4 de diciembre de 2021, de https://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/c6b7b04c-7d19-44a4-b579-9a6207bd661b/%c2%bfQu%c3%a9+es+un+problema+de+salud+p%c3%bablica.pdf?MOD=AJPERES

Rodríguez Blanco, M. (2014). El contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa. Comentario a la STC 5680-2009-PA/TC. En Ó. Diaz Muñoz, J. Eto Cruz, & J. Ferrer Ortiz (Edits.), *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional* (págs. 41-81). Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

Rodríguez Cardo, I. A. (20 de julio de 2021). *Medwin Publishers: Annals of Bioethics & Clinical Applications.* Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de https://medwinpublishers.com/ABCA/covid-19-vaccination-and-labour-discrimination.pdf

Servais, J.-M. (enero de 2021). *Cielo laboral.* Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45557/4/S2000307_es.pdf

Verdú, D. (16 de setiembre de 2021). *El País*. Recuperado el 6 de diciembre de 2021, de https://elpais.com/sociedad/2021-09-16/italia-se-convierte-en-el-primer-pais-occidental-en-imponer-la-vacunacion-a-todos-los-trabajadores.html

AGENDA DEL DERECHO LABORAL PERUANO

CAMBIAR A PROPÓSITO DEL COVID-19 RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA EN EL PERÚ: CONFIRMACIÓN DE UN FRACASO

(E ideas para su deseada reconstrucción)

Para Javier, obviamente

Daniel Ulloa Millares*

El título puede provocar evidentemente rechazo y hasta parecer contradictorio cuando lo presenta una persona que sigue creyendo en el fin y los principios del Derecho del Trabajo, pero aquél se basa, lamentablemente, en la realidad peruana del siglo XXI: el derecho laboral que conocemos y enseñamos no cumple con su principal objetivo cual es el de proteger a todas o a la mayoría de las personas que trabajan. Sin pretender coincidir con ideas flexibilizadoras que reiteradamente se publican en la prensa, nuestra propuesta en este artículo supone pensar en un rehacer, un volver a construir la defensa de las personas que trabajan o que principalmente se ven obligadas a trabajar, analizando lo errado actualmente existente y proponiendo nuevas versiones de la principal idea que debe ser permanente: la protección del trabajador.

Y en esta ocasión no nos extenderemos en la recopilación o la historia de por qué tenemos lo que vemos hoy. Esta vez solamente confirmaremos la situación

* Daniel Ulloa Millares. Abogado (PUCP). Doctor en derecho y Master Interuniversitario en empleo, relaciones laborales y diálogo social en Europa por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Profesor de derecho del trabajo en PUCP, CENTRUM, ESAN y en la Universidad de Lima. Fue director de la maestría de relaciones laborales PUCP (2014-2021) y presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2017-2019). Socio en De Las Casas & Ulloa (www.dyu.pe).

actual y plantearemos algunas soluciones: los orígenes los dejamos para otro artículo.

I. Introducción

En la película ítalo-francesa Saco y Vanzetti (1971)[1] se produce el siguiente diálogo entre Vanzetti y su abogado durante el proceso que determinaría su suerte:

> "Abogado: ¿Cuándo llegó a Estados Unidos Sr. Vanzetti?
>
> Vanzetti: Hace trece años, en 1908.
>
> Abogado: En esa época ¿ya era anarquista?
>
> Vanzetti: No completamente.
>
> Abogado: Explíquese por favor.
>
> Vanzetti: Cuando vi que en mi país las cosas corrían mal yo pensé que aquí las cosas eran diferentes.
>
> Abogado: Por lo tanto ¿se volvió anarquista aquí?
>
> Vanzetti: Digamos que aquí terminé de hacerme radical. Cuando se comienza a trabajar en una fábrica a los 13 años…cuando comienzan las necesidades…
>
> Abogado: Y cuando Ud. fue detenido ¿Ud. era anárquico?
>
> Vanzetti: Lo sigo siendo. Todos sabemos eso aquí adentro. Y no entiendo el por qué de esta comedia."

Aunque el anarquismo no pareciera ser hoy una opción atractiva para lograr cambios[2], los diferentes hechos ocurridos en este siglo XXI -y en especial la pandemia- nos confirman que siguen existiendo necesidades básicas en nuestras sociedades que requieren una urgente corrección. Y una de ellas guarda relación

1 Esta película se puede ver en Youtube en: https://www.youtube.com/watch?v=PdhIMUVfpPM

2 A pesar que las críticas de Manuel González Prada (1844-1918) y en especial lo descrito en "El intelectual y el obrero" (que puede leerse en el siguiente enlace: http://www.casadelaliteratura.gob.pe/wp-content/uploads/2019/11/EL_INTELECTUAL_Y_EL_OBRERO.pdf) mantienen sorprendente actualidad.

con los conceptos de riqueza y pobreza, siendo la regulación del trabajo (como siempre) uno de los problemas y, a la vez, una de las soluciones para ello.

En efecto, en un recomendable libro que todos deberíamos repasar[3], la filósofa francesa Dominique Meda señalaba:

> "Desde no hace mucho tiempo (escasamente dos siglos) nuestras sociedades se basan en el trabajo (…) el principal medio para costear la subsistencia individual, pero también se ha constituido en una relación social de carácter fundamental, lo que Mauss hubiera llamado <<un hecho social total>>"[4].

Y esto porque:

> "El trabajo estructura de parte a parte nuestras relaciones con el mundo y nuestras relaciones sociales. Es la relación social fundamental. Está, además, en el centro de la visión del mundo que venimos manteniendo desde el siglo XVII y constituye una categoría construida que surgió en una situación socio-política específica."[5]

¿El trabajo que se realiza hoy merece el derecho laboral que estudiamos y exigimos? ¿Este derecho sigue siendo útil? Las siguientes líneas buscan encontrar algunas respuestas a dichas preguntas.

II. El derecho laboral nació para proteger obreros

En efecto, según como se mire, el derecho laboral fue el resultado de los reclamos de los trabajadores o fue una estrategia del capital para mantener su prevalencia[6]. Sea cual sea la razón última, lo concreto es que a comienzos del siglo

3 MEDA, D., "El trabajo, un valor en peligro de extinción", Gedisa editorial, 1998.

4 MEDA, D., op. cit., p. 9.

5 MEDA, D., op. cit, p. 24.

6 "La legislación obrera responde *prima facie*, así pues, a una *solución defensiva* del Estado liberal para, a través de una normativa protectora de los trabajadores, proveer a la integración del conflicto social en términos compatibles con la viabilidad del sistema establecido, asegurado de este modo la dominación de las relaciones de producción capitalistas. No es por ello ninguna casualidad que las primeras leyes obreras versen precisamente sobre aquellos aspectos de la relación laboral en que se habían manifestado los resultados más visibles de la explotación de los trabajadores, abordando así la protección del trabajo de las mujeres y de los menores, la reducción de los tiempos de trabajo, el establecimiento de mínimos salariales o, en fin, la preocupación por las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo y la prevención de los riesgos profesionales." En: PALOMEQUE M. y

XX los países europeos y americanos empezaron a regular de manera particular estos contratos de servicios que involucraban a un tipo especial de prestadores, los denominados "obreros"[7].

De otro lado, los denominados "empleados" no existían para este derecho (porque con ellos no existían todos estos problemas que se agrupan en la curiosa frase de "la cuestión obrera") a pesar de que recibían algunas protecciones. Así, por ejemplo, la ley 4916, que en 1924 creó tres derechos: un pago por tiempo de servicios ante un despido sin motivo, lo hoy llamaríamos injustificado o arbitrario (art. 1), una póliza de seguro de vida (art. 3 y 4) y una pensión por inhabilitación (art. 5), fue en estricto una modificación del Código de Comercio que favorecía a los vinculados con contratos mercantiles, esto es, a los que luego se denominarían normativamente empleados. Luego, años más tarde, el Código Civil de 1936, incluyó como un contrato nominado al contrato de trabajo que se celebra con el obrero, regulándolo en el libro del derecho de obligaciones y en la sección quinta "de los diversos contratos" en dos artículos:

> **TITULO VI Del contrato de trabajo**
>
> Artículo 1571.- Por este contrato el obrero ofrece contribuir a la producción, con su trabajo personal, por tiempo determinado o indeterminado, mediante el pago de un salario.
>
> Artículo 1572.- El contrato de un trabajo, sea individual o colectivo, supone el pago de salario en dinero efectivo; la jornada máxima de ocho horas de labor; el descanso semanal; la prohibición del trabajo de los menores de catorce años; la limitación del trabajo de los menores de dieciocho años, condicionada a la educación y desarrollo físico; la igualdad del salario, sin distinción de sexo, por trabajo igual y su adecuación a las necesidades de la vida del obrero; la indemnización por accidente; los seguros obligatorios; y la intervención del Estado para asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos correspondientes.

Cabe destacar que el mencionado código no menciona en momento alguno la palabra "trabajador", solo una sola vez la palabra "empleado" (para referirse

ALVAREZ, M., "Derecho del Trabajo", 17 edición, Editorial universitaria Ramón Areces, 2009, p. 52.

7 No es casualidad que la mayoría de los ordenamientos partiera de la denominación "derecho obrero", probablemente como consecuencia de las propias calificaciones legales y de quienes escribieron en aquella época (OJEDA, A., "La deconstrucción del derecho del trabajo", Wolters Kluwer, 2010, p. 33.

al personal de Registros Públicos, artículo 1039) y dos veces la palabra obrero, en los artículos antes citados.

Poco a poco cada categoría fue percibiendo por parte del Estado diferentes derechos y, cuando coincidían, con cuantías diferenciadas hasta que entre los años 80 y 90 del siglo pasado todo se unificó bajo un solo concepto: trabajadores, separando a los que laboran en el Estado (carrera administrativa) que a los que no (régimen privado). Y eso pudo estar bien pero solo quedó en la teoría pues Perú acogió sin mayores sorpresas la informalidad (donde influye lo realizado por el Estado con los contratos SNP y luego con el régimen CAS), el cual constituye el principal problema que tiene nuestro país.

En un reciente trabajo (marzo 2021) titulado "Políticas de protección social y laboral en el Perú, una espiral de buenas intenciones, malos resultados y peores respuestas" el economista Hugo Ñopo[8] nos presenta una interesante mirada panorámica de nuestra realidad laboral, y señala como sus dos primeras conclusiones[9]:

> "En el Perú la protección social es segmentada, insuficiente y de baja calidad. Es segmentada porque conviven una protección social para trabajadores de altos ingresos, otra para trabajadores de bajos ingresos y otra que se obtiene por fuera de la relación laboral. Es insuficiente porque un segmento importante de la población, especialmente en el rango medio de ingresos, no recibe cobertura alguna. Es de baja calidad porque la mayoría de usuarios se encuentran insatisfechos frente a los servicios que reciben en el presente y las pensiones que recibirán (o no) en el futuro.
>
> Mientras la insuficiencia y baja calidad pueden atribuirse a la escasa inversión en protección social que nos caracteriza desde hace buen tiempo, la segmentación es atribuible al marco regulatorio para las relaciones laborales. Tal marco, principista y barroco, es largamente ignorado e incumplido por la mayoría de agentes en los mercados de trabajo. El resultado de esto es que más del 70% de los empleos son informales, algunos de ellos ilegalmente, otros dentro del marco regulatorio."

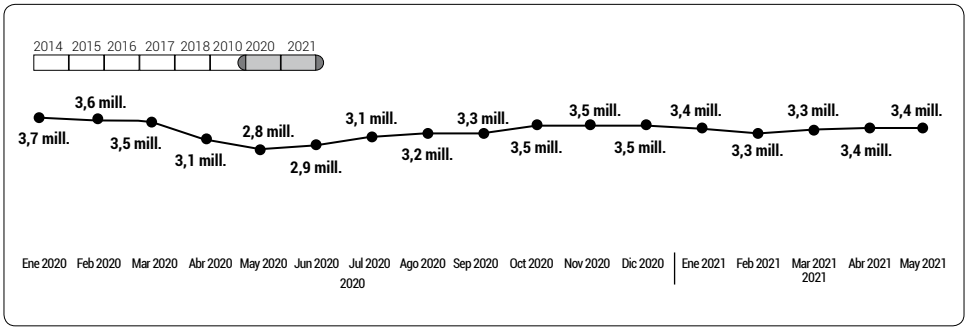
8 Documento que se puede encontrar en el siguiente enlace: https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/human_development/politicas-de-proteccion-social-y-laboral-en-el-peru.html

9 ÑOPO, H., "Políticas de protección social y laboral en el Perú, una espiral de buenas intenciones, malos resultados y peores respuestas", Grade, 2021, p. 45.

He copiado dichos párrafos porque coincido con ellos y considero que es lo que se da en la realidad: El Estado peruano viene emitiendo año tras año numerosas normas que solamente se aplican o se exigen aplicar en un sector de la economía, la formal, y dentro de ella a un porcentaje pequeño de empresas, las que emplean a más de diez trabajadores y que son la minoría[10]. La pandemia demostró que la protección surgida del derecho laboral, la conocida "licencia con goce de haber" no cubría o alcanzaba ni siquiera a la mitad de la población que laboraba, teniendo el gobierno que otorgar subsidios para poder ayudar a las personas. Todo ello lo confirmaremos a continuación, con la información tomada de la realidad.

III. Dos tipos de informalidad: la real y la insertada en la formalidad.

Según la información incluida en el observatorio de la formalización laboral[11], de cuya publicación extraemos los siguientes datos y gráficos, a mayo de 2021 figuraron registrados según el PLAME 3.434.452 trabajadores privados formales (todos estos datos se toman de lo declarado en la planilla electrónica). Esta es una pequeña reducción de la situación de inicios de 2020 pero que a la vez supone una recuperación de la caída producida en abril y mayo de 2020 por la pandemia, según se puede ver en el siguiente gráfico:



10 Por tanto, el problema no pasa solamente en fortalecer a la inspección del trabajo sino en lograr mayores accesos a la formalidad. Y en evaluar (otra vez) la validez constitucional del régimen laboral especial de carácter permanente de las micro y pequeñas empresas, previsto en el texto único ordenado aprobado por D.S. 13-2013-PRODUCE, ley de impulso al desarrollo productivo y al crecimiento empresarial.

11 La información, actualizada a mayo de 2021 se puede encontrar en el siguiente enlace: https://www.gob.pe/institucion/mtpe/campa%C3%B1as/279-observatorio-de-la-formalizacion-laboral (última revisión 8 de agosto de 2021).

Si clasificamos este total por categorías podemos descubrir algunas cosas interesantes según nos muestra el observatorio. Por ejemplo, en cuanto al sexo vemos el siguiente registro:

- 61,11% figura como hombre,
- 32,52% figura como mujer y
- 6,37% no precisa.

En cuanto a la edad tenemos lo siguiente:

- 42,88% tiene entre 30 a 45 años,
- 26,76% tiene entre 15 a 29 años,
- 22,10% tiene entre 46 a 65 años.
- 1,88% tiene más de 65 años y
- 6,37% no precisa.

En cuanto al tamaño del empleador vemos que del total:

- El 55,63% labora en empresas de más de 100 trabajadores,
- El 22,62% en empresas de 11 a 100 y
- El 21,75 restante en empresas de 1 a 10.

Pero paradójicamente, el mayor número de empleadores son esas empresas de 1 a 10 según el último anuario estadístico difundido por el Ministerio de Trabajo:

PERÚ

CUADRO Nº 07
PROMEDIO DE EMPRESAS EN EL SECTOR PRIVADO POR TAMAÑO, SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA
2020

ACTIVIDAD ECONÓMICA	TAMAÑO DE LA EMPRESA				TOTAL PROMEDIO MENSUAL
	1 -10	11 - 100	101-499	500 a más	
AGRICULTURA, GANADERÍA Y SILVICULTURA	4 314	853	211	103	5 482
PESCA	610	173	24	7	813
EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	2 050	421	96	40	2 607
INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	26 602	3 260	487	148	30 497
SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	476	98	38	8	620
CONSTRUCCIÓN	14 291	1 778	189	33	16 281
COMERCIO AL POR MAYOR Y AL POR MENOR, REP. VEHÍC. AUTOM.	80 408	5 557	403	77	86 444
HOTELES Y RESTAURANTES	15 764	1 541	68	21	17 394
TRANSPORTE, ALMACENAMIENTO Y COMUNICACIONES	28 492	3 117	288	59	29 956
INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	1 162	290	57	46	1 556
ACTIVIDADES INMOBILIARIAS EMPRESARIALES Y DE ALQUILER	42 645	5 075	613	154	48 687
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DEFENSA	251	43	9	2	305
ENSEÑANZA	5 608	1 676	149	44	7 476
SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	9 139	699	82	20	9 940
OTRAS ACTIV. SERV. COMUNITARIOS, SOCIALES Y PERSONALES	24 214	2 223	189	26	26 651
HOGARES PRIVADOS CON SERVICIO DOMÉSTICO	6	-	-	-	6
ORGANIZACIONES Y ÓRGANOS EXTRATERRITORIALES	42	29	2	-	73
NO DETERMINADO	5 429	206	5	1	5 640
TOTAL	259 703	27 039	2 909	786	290 436

Fuente: Ministerio de Trabajo y promoción del empleo
Planilla electrónica / T. Registro y Plame 2020
Elaborado: OGETIC / Oficina de Estadística.

Vemos entonces que de 290,436 empleadores solo 3,695 (2,909 + 786) tienen más de cien trabajadores, esto es, el 1.27%. Pero este 1.27% emplea a más de la mitad de los trabajadores formales (el 55.63%).

En cuanto a la actividad económica que desempeñan los trabajadores formales están divididos en las siguientes categorías:

- 50,78% en servicios,
- 17,08% en comercio,
- 14,20% en manufactura,
- 7,69% en agrícola (agricultura, ganadería, pesca y silvicultura).
- 6,35% en construcción,
- 3,07% en minería y
- 0,83% no precisa.

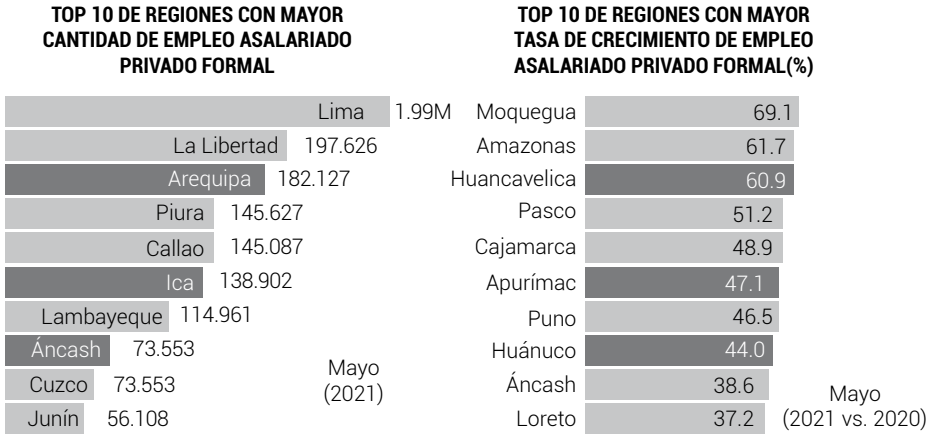
Por régimen laboral vemos que el:

- 71,80% es del régimen privado,
- 10,81% es de micro empresa,
- 7,56% no precisa,
- 5,86% está en otros regímenes (régimen minero, construcción civil, otros),
- 3,74% es de pequeña empresa y
- 0,23% es régimen agrario.

Finalmente, por tipo de contrato tenemos los siguientes porcentajes:

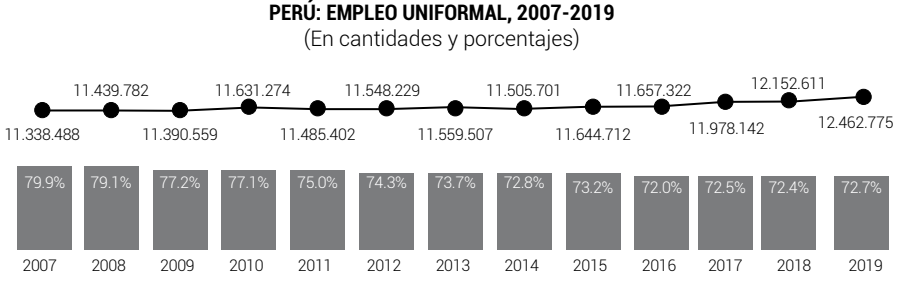
- 32,54% contratos a plazo indefinido,
- 32,04% contratos temporales,
- 26,41% contratos temporales de obra o servicios,
- 7,83% otros,
- 0,63% contratos temporales accidentales y
- 0,54% no precisa.

La centralidad laboral de Lima se confirma en el siguiente cuadro, y por ello el mayor crecimiento del último año (mayo a mayo) aparece en otras regiones:



Si dejamos de lado la declaración en la planilla electrónica y consideramos lo recogido en la encuesta nacional de hogares (ENAHO) observamos que en el año 2019, de un total de 17.133.100 personas que laboran, el empleo formal es de 4.670.325, esto es, el 27.3%. Por tanto, nuestra tasa de empleo informal nacional es del 72.7%.

Este porcentaje responde a la constante de la informalidad en los últimos doce años:



Esta informalidad tiene las siguientes características:

- 53,89% son hombres,
- 46,11% son mujeres.

- 34,54% tienen entre 30 a 44 años,
- 30,32% tienen entre 14 a 29 años,
- 27,59% tienen entre 45 a 64 años y
- 7,55% tienen 65 años o más.

Según nivel educativo tenemos lo siguiente:

- 40,37% tiene nivel secundario,
- 30,38% tiene nivel primario,
- 17,99% no indicó nivel,
- 6,84% indicó nivel superior no universitario y
- 4,42% indicó nivel superior universitario.

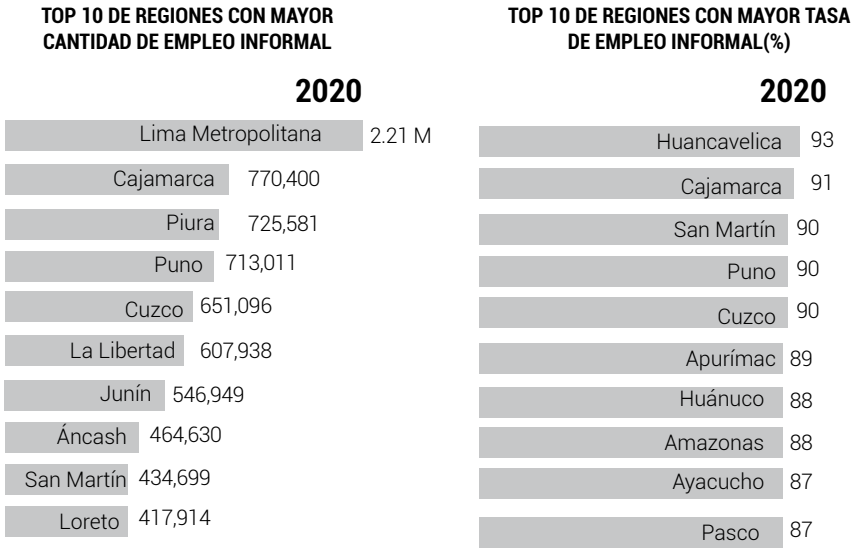
Según actividad económica vemos que el:

- 33,71% labora en servicios,
- 31,88% labora en agrícola (agricultura, ganadería, pesca y silvicultura),
- 19,07% labora en comercio,
- 6,79% labora en construcción,
- 7,82% labora en manufactura y
- 0,73% en minería.

Finalmente, por categoría ocupacional tenemos:

- 45,4% labora como independiente,
- 32,4% labora como asalariado privado,
- 14,18% realiza trabajo familiar no remunerado,
- 2,99% es trabajador del hogar,
- 2,23% es asalariado público y
- 2,8% declara ser empleador.

Finalmente, recogemos un cuadro que acredita que el problema se tiene principalmente en la capital:



IV. El quehacer luego de conocer la realidad

Nos queda claro que luego de la segunda guerra mundial y en virtud de las diferentes normas internacionales ratificadas por el Perú[12], todos tenemos derechos -muchos derechos- como personas y también como trabajadores. Y que celebrar un contrato de trabajo no excluye que podamos seguir disfrutando de los derechos que tenemos como personas[13].

Empero, el problema con la informalidad es que no solo se desconocen los derechos laborales que le corresponden a quienes trabajan sino que también se desconocen derechos fundamentales[14], asimilando esta situación muchas veces a la que ocurría a mediados del siglo XIX.

12 Las cinco principales (Declaración universal de derechos humanos, pacto internacional de derechos civiles y políticos, pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, convención americana sobre derechos humanos y protocolo de San Salvador) son reseñadas en nuestro trabajo "La titularidad de los derechos constitucionales laborales y su tratamiento legal: Ideas sobre el concepto de trabajador previsto en la Constitución y las relaciones laborales legalmente excluidas." En revista Derecho & Sociedad, (40), p. 101-111, 2013.

13 Discusión que se encuadra en lo que el profesor Palomeque denomina derechos específicos y derechos inespecíficos de los trabajadores.

14 Un penoso ejemplo de esto fue la muerte de dos jóvenes encerrados en un contenedor en la galería comercial Nicolini, en Las Malvinas, Lima el 22 de junio de 2017.

En la legislación laboral peruana encontramos esencialmente dos tipos de regulaciones: las normas del régimen privado y las que no lo son (régimen público[15], especiales, no laborales). Asimismo podemos agrupar los beneficios creados para los trabajadores en dos conjuntos: los derechos cuantitativos y los derechos cualitativos.

En el primero encontraremos todos los que suponen mayores pagos al trabajador por el solo hecho de serlo (gratificaciones legales, feriados, vacaciones, compensación por tiempo de servicios) o por cumplir algunos requisitos (asignación familiar, participación en las utilidades, lactancia). En cambio, en el segundo grupo encontramos derechos que no necesariamente suponen un mayor ingreso para el trabajador (seguro de vida, cobertura de salud, estabilidad laboral, protección contra actos de hostilidad, no discriminación, libertad sindical, etc.) pero que lo fortalecen en su relación contractual.

Nosotros consideramos que, al igual que lo señaló el profesor Neves en una de sus últimas entrevistas[16], estos últimos son los derechos que perjudican la aplicación del derecho laboral porque son los que realmente incomodan (los derechos que empoderan) y no tanto los "costos" o "sobrecostos" laborales, que finalmente son derechos que generan egreso de dinero pero no restricciones al poder de dirección.

15 Una descripción de todos estos regímenes la podemos encontrar en el capítulo 2 del documento preparado por SERVIR "El servicio civil peruano: antecedentes, marco normativo actual y desafíos para la reforma", 2012. Se puede encontrar en el siguiente enlace: https://storage.servir.gob.pe/biblioteca/SERVIR%20-%20El%20servicio%20civil%20peruano.PDF (última revisión: 8 de agosto de 2021).

16 En una de sus últimas entrevistas realizada en diciembre de 2020 el profesor Javier Neves señaló que "Amigos que trabajan en Telefónica me dieron a entender que lo clave era la capacidad para imponer disciplina. El empleador es un autoritario. No quiere un poder que lo controle, por eso aborrece al sindicato. Cuando los jueces reponen a un dirigente sindical, el empleador se siente debilitado. "Ese se va a enseñorear, ahora está fortalecido". El caso de Topy Top es ilustrativo. Hacen lo que sea, tanto en la vía legal como en la fáctica, para evitar el regreso de su principal dirigente. Dicen: "Yo soy el dueño esta es mi empresa, por qué voy a compartir decisiones con alguien". La entrevista completa se puede encontrar en el siguiente enlace: http://trabajodigno.pe/javier-neves-mujica-in-memorian/

Ya lo decía el profesor Pasco Cosmópolis[17], la legislación laboral común fue elaborada pensando en las grandes empresas, no en las micro empresas. Pero ello fue siempre responsabilidad de los gobiernos, no de los trabajadores ni tampoco de sus organizaciones. Entonces ¿cómo el mismo Estado puede equivocarse tanto? ¿cómo puede tratar de manera diferente a quienes trabajan de la misma forma?

Creemos que la diferencia no debe estar en el tamaño de la empresa ni en el nivel de ventas de la misma sino que todo aquel que decida ejercer su derecho constitucional a la libertad de empresa debe respetar las mismas reglas básicas, promoviendo la educación y la competitividad antes que la menor percepción de ingresos.

Efectivamente, una micro empresa no se puede comparar con una minera o un banco, pero el trabajador que labora en ambas como vigilante o limpiador realiza la misma labor, invierte el mismo esfuerzo y dedica el mismo tiempo para laborar. Asimismo, gastará lo mismo para comprar su comida o para divertirse, porque los precios en el mercado no diferencian si uno labora para una micro, pequeña o empresa común. Entonces tratarlos diferente no parecería justo o digno.

Otra alternativa, más coherente, es que el Estado ceda en sus cargas tributarias, tal como ocurre en las zonas francas. Un ejemplo reciente lo constituye la ley 31343, publicada el 14 de agosto de 2021, que crea la zona franca de la región Cajamarca en el distrito de San Ignacio, zona en la cual los usuarios que realicen actividades de producción, comercialización, industriales, agroindustriales, de maquila y de servicios están exonerados de pagar:

- impuesto a la renta,
- impuesto general a las ventas,
- impuesto selectivo al consumo,
- impuesto de promoción municipal,
- derechos aduaneros y aranceles,

17 PASCO, M., y NEVES, J., "Régimen legal de las mypes: ¿acierto o falla?" Revista THEMIS N° 57, 2009, p. 100.

- así como tributo, tanto del gobierno central, regional o municipal, creado o por crearse, salvo las aportaciones a derechos pensionarios, Essalud y sus tasas.

Como puede verse, las facilidades no prevén modificaciones o disminuciones al régimen laboral general, lo cual parecería ser el camino si es que consideramos lo señalado en el articulo 1 de la Constitución vigente, que prevé que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

En el mismo sentido opinan Cuadros y Quiñones cuando apuestan por implementar políticas laborales destinadas a elevar la productividad de las empresas antes que reducir los costos no salariales para solucionar el problema de la formalización laboral[18]. Ello ante la reiterada propuesta de sectores que exigen la eliminación de derechos laborales para así incentivar la formalidad[19] porque los ven como principales desincentivadores de la misma.

Pero en nuestra realidad tenemos un ejemplo que cuestiona la idea anterior: el régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas, creado por ley 28015 en julio de 2003 (gobierno de Toledo) pero de manera temporal y por un plazo de cinco años, plazo que fue ampliado a diez años por el mismo gobierno en julio de 2006 por ley 28851 y que luego fue convertido en un régimen permanente por el Decreto Legislativo 1086 en junio de 2008 (segundo gobierno de García), condición de permanencia ratificada por la ley 30056 de julio de 2013 (gobierno de Humala), generando el actual texto único ordenado de la ley de impulso al desarrollo productivo y al crecimiento empresarial aprobado por D.S. 13-2013-PRODUCE. Esto es, el Estado emitió cuatro normas en una

18 CUADROS F. y QUIÑONES S., "Cuando la excepción se vuelve la regla ¿cuál es el régimen laboral "general" en el Perú?", en revista Soluciones laborales 32, agosto 2010, p. 99-105.

19 En esto no solo hay economistas (ver por ejemplo JARAMILLO M., "La perspectiva económica de la regulación laboral y la legislación laboral peruana" en revista Laborem N° 17, 2016, p. 29-43) sino también varios abogados empresariales (ver por ejemplo LORA G. "Seguimos esperando" en diario El Comercio 6 de octubre de 2020, PUNTRIANO C. "La respuesta no es incrementar el costo laboral sino reformar" en diario Gestión, 30 de enero de 2019 y TOYAMA J. "La rigidez laboral peruana" en revista Poder, octubre de 2014).

década que confirmaron la existencia de tres regímenes laborales para avanzar a la formalidad.

Este régimen especial supone que todas las empresas deban cumplir con las normas de jornada de trabajo (jornada máxima, descanso semanal, feriados, pago de sobretiempo), de remuneración mínima vital y los derechos colectivos pero diferencia lo siguiente (nótese que todos son derechos que generan pagos):

Beneficio laboral	Micro empresa	Pequeña empresa	Régimen común
Descanso anual (vacaciones)	15 días	15 días	30 días
Asignación familiar	NO	NO	SI
Compensación por tiempo de servicios (CTS)	NO	0,5	SI
Gratificaciones legales	NO	0,5	SI
Participación en las utilidades	NO	SI	SI
Indemnización por despido arbitrario (por año)	10 RD	20 RD	45 RD
Tope de indemnización por despido arbitrario	3 rem.	4 rem.	12 rem.

La citada regulación, a nuestro entender claramente discriminatoria, fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional pero solamente obtuvo dos votos a favor de su inconstitucionalidad (Exp. 21-2014-PI/TC de fecha 11 de febrero de 2020) por lo que sigue vigente a la fecha, sin que haya ayudado a formalizar el régimen laboral de la mayoría de las empresas del país y generando tres tipos de trabajadores formales: los que tienen acceso a todos los derechos, los que tienen derecho a parte de ellos (los que laboran para pequeñas empresas) y los que tienen derecho a muy pocos (los que laboran para micro empresas).

Puede verse que a pesar de que los tres trabajadores laboren en la misma actividad, en el mismo horario y que gasten lo mismo para vivir, el derecho laboral no los trata de manera igual y ello solamente por el hecho de tener un empleador con diferente nivel anual de ventas. Ello no nos parece una razón suficiente para sustentar el disímil acceso a los beneficios laborales cuantitativos por lo que creemos que dicha normativa debería ser de discusión prioritaria del nuevo Congreso[20], ya sea para eliminarse, ya sea para unificar a todos como

20 Y no normas coyunturales como la de la suspensión perfecta por COVID-19, ahora que

micros o regresar al régimen general, algo parecido a lo hecho desde octubre de 2020 en el reciente régimen especial de los trabajadores del hogar (ley 31047). O, de repente, buscando el ansiado punto medio, eliminando derechos (como se hizo en 1995 con la bonificación por tiempo de servicios prevista en el Decreto Legislativo 688).

Ello porque, tal como señala el profesor y ex ministro de trabajo Sánchez[21]:

> "Se constata que las políticas públicas de promoción del empleo en el sector de la microempresa han tenido como eje la reducción de costos laborales, con directa incidencia en un conjunto de derechos laborales fundamentales y de protección social, reconocidos por la constitución".

Y como confirmaba en otra intervención el profesor Neves[22]:

> "Un régimen laboral especial por tamaño de la empresa debería ser promocional: compensar temporalmente la desventaja en productividad mediante una disminución integral - y no solo o fundamentalmente laboral - de trabas, para conseguir al cabo de unos años una igualación efectiva. Si se vuelve permanente configura un trato desigual injustificado y genera estímulos negativos al crecimiento."

Si bien queda claro el fracaso de la legislación laboral del régimen privado, lo que debemos revisar es cuál debe ser el modelo a seguir. Y la pandemia generada por el covid-19 (y la imposición de la mal denominada "licencia con goce de haber") nos debería apresurar en encontrar la solución, la misma que no consideramos que pueda basarse en eliminar simplemente algunas formas que la realidad genera (intermediación, tercerización, suspensión perfecta) pues son solo paliativos que no corrigen el problema principal: la informalidad de la mayoría.

V. Sugerencias para una mejora

Ojeda señala que el Derecho del Trabajo debe deconstruirse y que no puede ser ya el Derecho Especial del Trabajo subordinado sino el Derecho Común de

se ha prorrogado el plazo de la emergencia sanitaria por 180 días más (D.S. 25-2021-SA publicado el 14 de agosto de 2021) y que se teme la llegada de la denominada tercera ola.

21 SÁNCHEZ, C., Una visión ponderada de la legislación laboral: comentarios al régimen MYPE y a la propuesta de la "Ley de la Nueva Empresa". En Revista Derecho PUCP N° 68, 2012, p 522.

22 PASCO, M., y NEVES, J., op. cit. p. 98.

la actividad personal, del Trabajo sin atributos, de cualquier tipo de actividad humana productiva, tanto subordinada como autónoma[23]. Tal parecería haber sido el objetivo de la sorprendente y agresiva (en el buen sentido) presunción de laboralidad existente en el numeral 2 del artículo 23 la nueva ley procesal del trabajo, que solamente exige acreditar la prestación personal para que se presuma la existencia de una relación laboral, presunción que curiosamente no ha sido seguida por varias decisiones de la Corte Suprema[24].

Ñopo[25] también coincide en tener una sola regulación para así hacer efectiva la seguridad social:

> "… necesitamos desacoplar la seguridad social del empleo para eliminar de raíz el problema de los incentivos a la informalidad y desincentivos a la formalidad, punto de partida de la espiral de políticas bienintencionadas pero inefectivas.
>
> Desacoplar la seguridad social del empleo implica cambiar un paradigma en el derecho a la seguridad social: que el sujeto de derecho no sea el trabajador sino el ciudadano. Esto viene con dos implicaciones directas muy potentes. Por un lado, este es un paso efectivo hacia una verdadera universalización del derecho a la seguridad social. Y por el otro, esto implica dejar de proteger a los empleos, para pasar a proteger a las personas. Una vinculación más directa -y universal- con el ciudadano."

Si queda claro que debemos tener un solo marco legal que proteja a todo aquel que labora para otro, la discusión relevante se encuentra en el contenido de esa protección: ¿tutela sin estabilidad? ¿tutela con menos beneficios sociales? ¿seguridad social voluntaria? En algún momento cuestionamos[26] la validez de un par de beneficios sociales (la asignación familiar y las gratificaciones legales) por ser inventos del gobernante de turno para disimular el caos económico que generó su caótico mandato, en especial en lo económico. Pero hay otros

23 OJEDA, A., op. cit, p. 111.

24 Entre otras se pueden revisar las casaciones 14440-2013 (del 29 de setiembre de 2014), 16105-2013 (del 17 de noviembre de 2014), 2399-2014 (del 26 de noviembre de 2015) y 608-2017 (del 3 de octubre de 2017).

25 ÑOPO, H., op. cit., p. 47-48.

26 ULLOA D., "Disparatar laboral: la confusa regulación de la asignación familiar y de las gratificaciones legales" en Libro homenaje 25 aniversario de la SPDTSS, 2013, p. 342-353.

derechos cuya aceptación es global y su importancia es vital, por ejemplo, los considerados como fundamentales por la OIT.

Por tanto, la discusión sobre cuáles de los derechos laborales deben mantenerse y cuáles suspenderse o eliminarse nos parece en gran parte resuelta por la numerosa ratificación de normas internacionales que han venido realizando diversos gobiernos peruanos, por lo que inclusive, nos arriesgamos a afirmar que si se eliminara la actual Constitución, ello no debería generar mayos cambios dado que tenemos el respaldo normativo externo ratificado por décadas y por diferentes presidentes. Claro, un gobierno extremo podría no reconocer estos compromisos previamente asumidos pero ello sería un elemento que lo deslegitimaría jurídicamente hablando, sin perjuicio que generaría un evidente impacto en las relaciones comerciales con otros países, dado que muchos de los tratados de libre comercio así como las políticas de responsabilidad social empresarial reconocen a la OIT como la entidad mundial de referencia en lo relativo a derechos laborales, así como a su lista de derechos fundamentales, establecida en junio de 1998 mediante la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento como la aplicable en sus relaciones comerciales.

Es por ello que el camino de la protección ya está trazado, por más que soplen vientos contrarios. Simplemente tenemos que ser sinceros para definir las prioridades que permitan que las normas laborales protejan a las personas que lo requieren.

EL FUTURO DEL TRABAJO EN LA AGENDA POLÍTICA 2021 - 2026

Leopoldo Gamarra Vílchez*

Resumen:

En este artículo tratamos sobre el futuro del trabajo en el Perú, en una posible agenda política 2021-2026. Para ello, partimos de la crisis y los problemas agudizados por el Covid-19 como son el desempleo, la pobreza y el crecimiento negativo del PIB; asimismo, desarrollamos los retos en el sentido de desafíos para resolver los graves problemas del trabajo que posibiliten el crecimiento económico y desarrollo social: impulsar la productividad y reformar la captación de los recursos económicos para generar los cambios. Luego, a manera de respuesta a los retos, planteamos la propuesta de medidas concretas para la agenda mencionada: promover el empleo y restructurar el seguro social; y, por último, terminamos con algunas conclusiones.

Palabras clave

Trabajo / Agenda política / Crisis / Productividad / Impuestos.

Abstract:

In this article we discuss the future of labor in Peru, in a possible 2021-2026 political agenda. To do this, we start from the crisis and the problems exacerbated by Covid-19 such as unemployment, poverty, and negative GDP growth; Likewise, we develop challenges in the sense of challenges to solve serious labor problems that enable economic growth and social development: boost productivity and reform the capture of economic resources to generate changes. Then, as a response to the challenges, we put forward the proposal of concrete measures for the aforementioned agenda: promoting employment and restructuring social security; and finally, we end with some conclusions.

Key Words

Labor, political agenda, crisis, productivity, taxes.

* Coordinador y profesor de la maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (lgamarrav@unmsm.edu.pe), miembro investigador del Instituto de Estudios Latinoamericanos (IELAT) de la Universidad Alcalá de España (leopoldo.gamarra@edu.uah.es).

SUMARIO: I. Introducción. II. La crisis y los problemas agudizados por el Covid-19. *1. El problema del desempleo, subempleo, informalidad y pobreza. 2. El crecimiento negativo del PIB y la tasa de desocupación laboral.* III. Los retos para la agenda política 2021-2026 en materia de trabajo. *1. Impulsar la productividad y la capacidad permanente de los trabajadores. 2. Reformular la captación de los recursos económicos para generar cambios importantes en el trabajo.* IV. Propuesta de medidas específicas para la agenda laboral 2021-2026. *1. Promover y generar empleo decente. 2. Implementar una seguridad social mínima para todos*. V. A modo de conclusión. VI. Referencia bibliográfica.

I. Introducción

A más de cien días del nuevo gobierno peruano, para el período 2021-2026, en medio de la peor crisis económica del siglo que nos dejó la pandemia del Covid-19[1] y de los desencuentros políticos que expresan la cada vez más precaria legitimidad de las instituciones políticas, miles de trabajadores que han perdido su empleo siguen esperando medidas concretas para superar el desempleo, subempleo y la pobreza.

Esa realidad, nos obliga a repensar y reflexionar sobre el trabajo, que sigue siendo lo central en el funcionamiento de nuestra sociedad, y hacer esfuerzos especiales para mejorar los problemas de empleo y pobreza que facilite el crecimiento económico y desarrolle mecanismos efectivos de integración social para que los frutos de dicho crecimiento repercutan en el mejoramiento del bienestar de todos los peruanos. En ese sentido, es importante el quehacer académico de la SPDTSS que nos invita a participar en la Revista Laborem, con la idea central de una "Agenda del Derecho Laboral Peruano" para un período político tan especial, desafiante y contradictorio.

Así, en nuestro artículo, cuyo título expresa una posible agenda del trabajo para el período político 2021-2026[2], se desarrolla tres temas: en el primero, examinamos la crisis y los problemas agudizados por el Covid-19, especialmente el desempleo, el comportamiento del PIB y la tasa de desocupación laboral; en

1 Usaremos el acrónimo Covid-19 (del inglés: COronaVIrus Disease y 2019) en masculino, por influjo del género de coronavirus y de otras enfermedades virales como el zika, el ébola, etc.

2 La palabra futuro (del latín *futúrus*) es utilizada como adjetivo de lo que está por venir por decisión política plasmada en una agenda como relación de temas a desarrollarse.

el segundo, tratamos los retos para la agenda política 2021-2026 en materia de trabajo, para ello, planteamos impulsar la productividad y reformular la previsión social; en el tercer tema, planteamos medidas específicas que podría implementar el gobierno peruano respecto al trabajo o por lo menos se deben tomar en cuenta. Finalmente, mencionaremos algunas ideas a modo de conclusión.

II. La crisis y los problemas agudizados por el Covid-19

El crecimiento económico en las tres últimas décadas fue destacable con tasas que superaron el 7% en promedio, pero sin desarrollo social[3]. Los problemas se mantienen y fueron acentuados por la pandemia del Covid-19 que desveló la grave crisis estructural como la injusta distribución de la riqueza y la persistente pobreza[4].

1. El problema del desempleo, subempleo, informalidad y pobreza

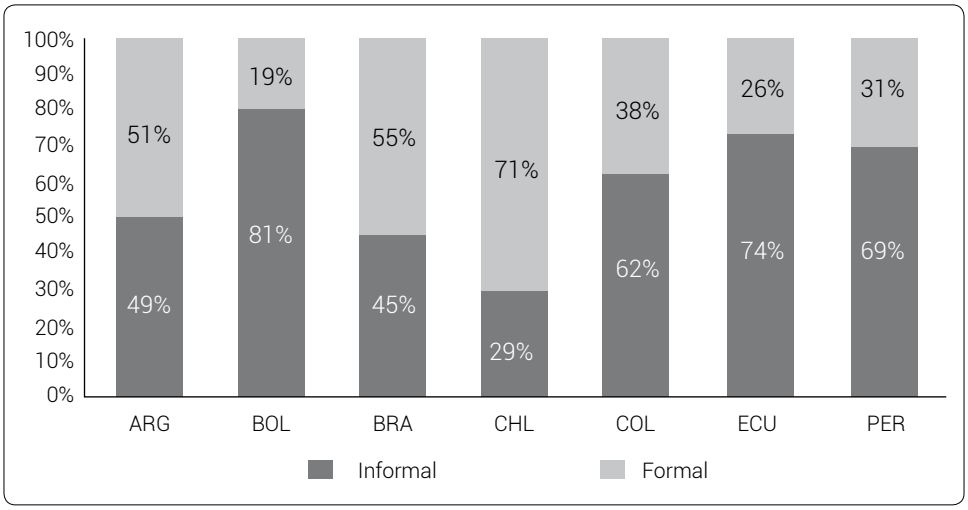
El desempleo y subempleo se convierten en un límite estructural para el desarrollo social; además, el impacto de esta situación se extiende a la economía informal, por cuanto la demanda de los bienes y servicios depende en gran medida del ingreso medio de los trabajadores. Una mirada de algunos países de América Latina nos muestra que Perú es parte de los países con mayor empleo informal: Bolivia (81%), Ecuador (74%) y Perú (69 %), según los datos de la OIT (ver gráfico 1). La cifra de cerca al 70 % de informalidad laboral expresa la debilidad y escasez del empleo formal con derechos y beneficios previsionales como el seguro social contributivo; es decir, con amplio dominio del trabajo

3 El concepto de desarrollo no puede limitarse al crecimiento de objetos inanimados (como el PIB) sino que "su valor debe estar relacionado con el efecto que tienen en las vidas y libertades de las personas a quienes atañen" (Martha Nussbaum y Amartya Sen, eds., *The Quality of Life* (Oxford: Clarendon Press, 1993), David Crocker y Toby Linden, eds., *Ethics of Consumption*, (New York: Rowman and Littlefield, 1998).

4 Ya en el 2017, el 10% de la población peruana era considerada *pobre vulnerable* porque estaba privada de al menos tres indicadores del Índice de la Pobreza Multidimensional (IPM) y el 2% era *pobre severo* porque carecía de al menos cinco indicadores. Entre los indicadores de la IPM, la falta de acceso a agua potable, la desnutrición y el tipo de combustible usado para cocinar, incrementan el riesgo de contagio del Covid-19 (Oxford Poverty and Human Development Initiative, OPHI, 2017).

independiente, temporal, sin contrato, o en términos generales informal o ilegal que hacen imposible lograr derechos y beneficios sociales para los trabajadores.

Gráfico 1
Empleo formal e informal (% empleo total, por países)



Fuente: Elaboración propia usando ILO-STATISTICS (base datos),2019.

Es decir, los instrumentos que podrían paliar la situación económica y social de los trabajadores en el Perú son débiles: los beneficios y seguros sociales contributivos laborales muestran aspectos polémicos, como la cobertura minoritaria, las limitadas prestaciones, la complejidad administrativa y burocrática, y han originado el divorcio del sistema previsional respecto a los beneficiarios, que se expresa en problemas permanentes como la deuda previsional y la falta de institucionalidad de las prestaciones. En el seguro de pensiones, las drásticas restricciones que aquejaron al sistema público, de cuenta única y de solidaridad, alentaron en los años 90 en casi todos los países de América Latina el modelo previsional de capitalización individual de carácter privado con el supuesto objetivo de brindar mayores y mejores pensiones.

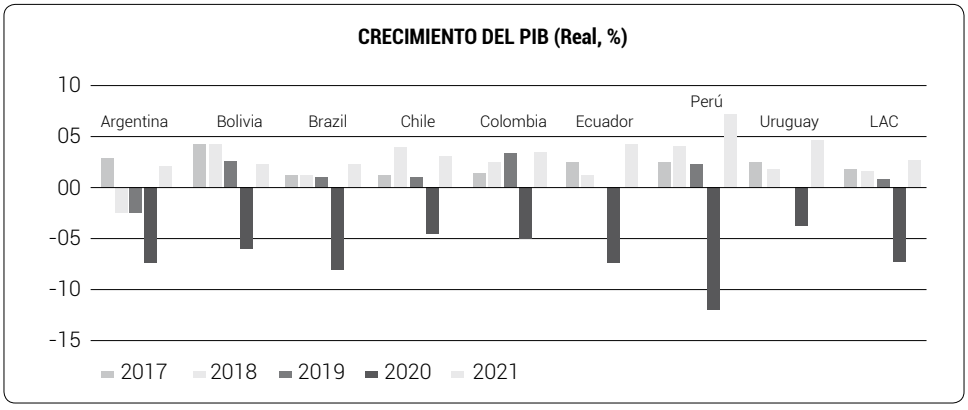
La pobreza en el Perú se encontraba en el 2019 ligeramente por debajo de la media de América Latina y el Caribe. Esta medición nos demuestra que no se debe considerar el concepto de pobreza en forma general y alejado del trabajo que representa la única posibilidad, para la mayoría, de obtener ingresos para la satisfacción de sus necesidades. Con el Covid-19, muchos trabajadores que perdieron su empleo pasaron a formar los "nuevos pobres" de la población. Esta situación es grave en tanto que el desempleo, al no existir un seguro, se presenta

en forma disfrazada en el subempleo que se manifiesta en la informalidad con ingresos ínfimos y fuera del marco legal que se expresan en la constante pérdida del poder adquisitivo, que es una de las causas del crecimiento de la pobreza, donde pobres son los hogares que no tienen un ingreso suficiente para satisfacer sus necesidades básicas.

2. El crecimiento negativo del PIB y la tasa de desocupación laboral.

Podemos observar, en el gráfico 2, que el 2020 se tuvo un crecimiento negativo del PIB en todos los países de América Latina; pero esta caída fue más aguda en el Perú (-12%) y menor en Chile (-4.3%) y en Uruguay (-3.7%), aunque a fines del 2021 se tuvo un leve crecimiento positivo en todos los países de la región (color celeste) y para el 2022 se proyecta para el Perú un crecimiento muy moderado no solo por la crisis económica sino también por los desencuentros políticos y sociales que marcan una dinámica de incertidumbre política.

Gráfico 2

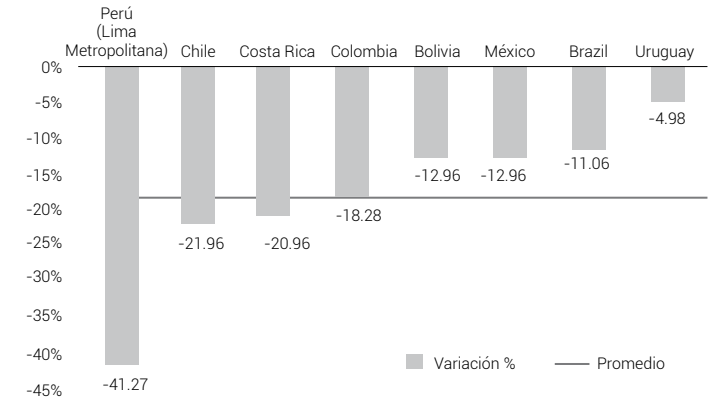


Fuente: Elaboración propia usando World Bank database

En cuanto a la tasa de desocupación laboral, la gravedad de la pandemia se expresó con mayor crudeza el 2020 en el Perú, con una crisis del empleo nunca vista desde la guerra del pacífico, En enero del 2021, como consecuencia de los efectos del año anterior, la tasa de desocupación laboral (como puede observarse en el siguiente gráfico) cayó en -41.27 % respecto a los años anteriores de la pandemia por el cierre de muchas empresas especialmente las medianas y pequeñas**.** Esa tasa de desocupación laboral producto de la pandemia tiene un impacto desproporcionado entre los pobres, exacerba un círculo vicioso de

enfermedad, indigencia y muerte. Agudiza todas las dimensiones de la pobreza y resalta los rostros más débiles de nuestra sociedad: los trabajadores precarios, los hogares monoparentales, los inmigrantes[5], las mujeres, los indígenas[6], los campesinos, los informales, entre otros.

FIGURA 1. EL EFECTO DEL COVID-19 EN EL EMPLEO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE



Fuente: Observatorio Laboral COVID-19. Encuesta de hogares.

III. Los retos para la agenda política 2021-2026 en materia de trabajo

La cuestión en este punto es tratar los retos de la agenda política 2021-2026 para resolver los graves problemas del trabajo en el Perú que posibiliten el crecimiento económico y desarrollo social. Consideramos dos fundamentales e importantes: i) impulsar la productividad y la capacidad permanente de los trabajadores, y ii) reformular la captación de los recursos económicos para generar los cambios importantes en materia de trabajo. Al respecto, la OIT, en la Conferencia Internacional del Trabajo de junio 2021, adoptó un llamamiento

5 La austeridad económica, el aumento de la xenofobia y la discriminación han llevado a un flujo estimado de 600 personas por día desde abril último a decidir regresar a Venezuela. En: PNUD https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/en/home/blog/2020/la-situacion-de-los-migrantes-en-america-latina-en-el-contexto-d.html

6 Red Eclesial Panamazónica, REPAM.

mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por el Covid-19, que recoge la necesidad de invertir en el empleo del futuro, en las personas y en sus capacidades, y en las instituciones del trabajo. Veamos los dos retos específicos.

1. Impulsar la productividad y la capacidad permanente de los trabajadores

Es importante impulsar el sector industrial para lograr mayor contribución en el crecimiento de la productividad y valor agregado, como la creación de empleo especialmente para trabajadores más jóvenes. Esto requiere un conjunto completo de políticas orientadas a superar las distorsiones en el mercado de trabajo que impiden que la competencia y la innovación se desarrollen a un ritmo acelerado. Estas distorsiones generan un mercado laboral frágil caracterizado por la informalidad de más del 70 % (INEI, 2017), segmentación dentro de lo formal, sin contratos laborales, temporalidad y malas condiciones de trabajo. Además, condiciona a que la productividad laboral promedio peruana esté entre las más bajas del continente, siendo uno de los menos productivos en el mundo (Consejo Privado de Competitividad Perú Compite, 2019). Y la inversión en ciencia, tecnología e innovación, importante para el crecimiento de la productividad, está entre las más bajas del mundo (World Economic Fórum, 2018).

Por ello, cuentan los resultados y uno de los principales problemas del país e indicador del ineficaz funcionamiento del mercado de trabajo es el escaso desarrollo de la productividad. Se necesita de manera urgente inversión en el desarrollo de la productividad; es decir, invertir en la capacitación de los trabajadores, muchos de ellos son los peores remunerados y menos capacitados, que realizan las tareas más sencillas y rutinarias, corren el mayor riesgo de ser reemplazados por máquinas. El gobierno debería apoyar programas que ayuden a los trabajadores a mejorar sus habilidades y capacitación permanente[7].

7 Esto supondría aplicar un programa que debe contribuir en el desarrollo económico y social del país, a través de la generación de empleo en forma sostenida, en un marco de eficiencia, productividad, competitividad y justicia. Lo que implica consolidar los pocos logros alcanzados al respeto y aplicación de la legislación laboral, la generación y creación de empleos de calidad, la protección y el diálogo social. Estos factores se reforzarían mutuamente mediante actividades permanentes con el gobierno, los gremios de empleadores y trabajadores.

Aquí es muy importante tener en cuenta lo planteado recientemente por el director general de la OIT, Ryder destacó que en la búsqueda de soluciones se debe abordar "*la estrecha articulación que debe existir entre políticas laborales y económicas, financieras y medioambientales, si queremos lograr la recuperación socioeconómica con trabajo decente y empresas sostenibles centrada en las personas*"[8]. También resaltó que la renovación y adaptación de los ministerios de Trabajo y de sus instituciones, como la inspección del trabajo, a las nuevas realidades es clave, y consideró relevante el hecho de que en la agenda de los países latinoamericanos tengan un espacio destacado el tema del diálogo social.

El significado de tener un trabajo decente es *"contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo, que produzca un ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejorando perspectivas de desarrollo personal e integración en la sociedad, libertad para que la gente exprese sus opiniones, organización y participación en las decisiones que afectan a sus vidas, e igualdad de oportunidades y trato para todas las mujeres y hombres"* (OIT, 2021), En efecto, en esa perspectiva promover el empleo y el trabajo decente, incentivando la incorporación al mercado laboral a los jóvenes, es imprescindible para romper la reproducción del círculo de pobreza que se presenta en nuestro país. Siendo la economía informal el sector donde se concentra la mayor cantidad de pobres; por ello, las acciones orientadas a dicho sector deben ser prioritarias, privilegiando, igualmente, el apoyo a mujeres, sobre todo aquellas que son cabezas de familia. Igualmente, la implementación del empleo decente y la empleabilidad como mejora de los conocimientos y de las calificaciones, la mejora de la productividad con protección social y salud en el trabajo, y la aplicación del empleo productivo.

De este modo se lograría que los trabajadores cuenten con condiciones laborales mínimas, especialmente que les otorgue protección social. Es decir, la transformación acelerada de los puestos de trabajo exige un nuevo planteamiento de la normativa laboral y las políticas de protección social. Los países de América Latina como el Perú desarrollaron muy bien los seguros sociales contributivos laborales del sector formal; pero, la desindustrialización prematura, el aumento del sector servicios en la economía, la nueva dependencia de las plataformas electrónicas y especialmente los viejos problemas de desempleo (subempleo e

8 https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_820677/lang--es/index.htm

informalidad) hacen insuficiente el seguro social contributivo laboral y necesario la seguridad social mínima redistributiva.

2. Los recursos económicos para generar los cambios en el trabajo

Podemos señalar que para resolver los graves problemas del trabajo en el Perú se requieren medidas estructurales y para ello se necesitan enfoques innovadores de financiación (OECD, 2020). En efecto, recursos económicos que solo "*la fiscalidad puede fomentar la construcción del Estado proporcionando un punto de negociación entre el Estado y la ciudadanía, y desarrollando instituciones de alta calidad para la recaudación de impuestos*" (FMI, 2011)**.** Un buen sistema tributario[9] ayuda a la mejora de las instituciones, a su vez lo inverso también es posible. Al respecto, tenemos una amplia literatura. La más interesante se encuentra en la obra colectiva de Dom y Miller (2018) sobre la historia de la fiscalidad en donde se establece claramente la relación entre los impuestos y las teorías del desarrollo económico desde los años 20 hasta la actualidad. El aspecto fiscal es tan importante e imprescindible que puede cambiar la situación económica y social del Perú.

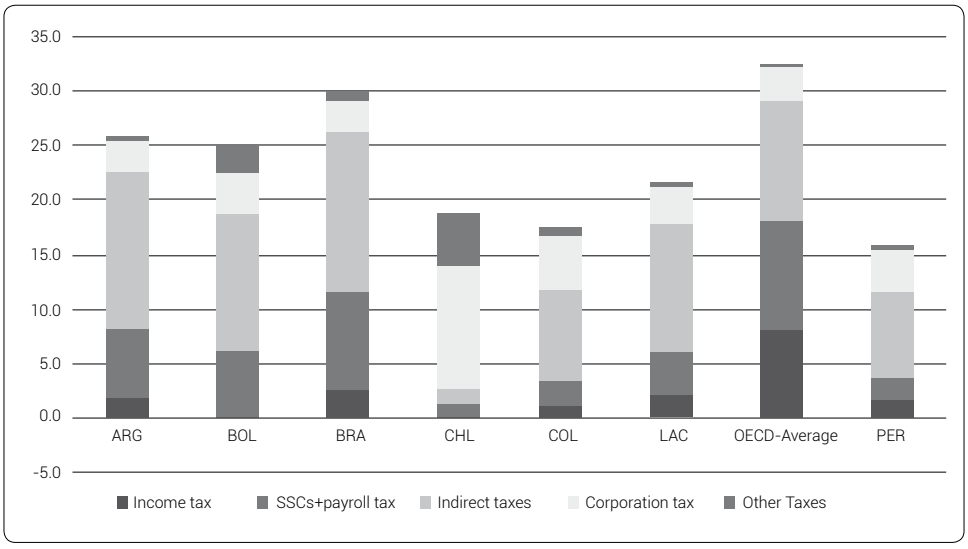
Es necesario revalorar y redescubrir la tributación, pero no cualquier tipo de tributación sino una *tributación progresiva*[10]. Un impuesto progresivo sobre las rentas del capital y sobre las rentas del trabajo pueden reducir la creciente desigualdad, sin desmerecer las políticas y los programas sociales. Los programas sociales mejoran, sin duda, la situación de pobreza en la que una gran parte de la población se encuentra inmersa; pero, este tipo de política no afecta a la concentración de la riqueza; en consecuencia, no logra una mejor redistribución de la renta y, por ende, no reducen la desigualdad.

9 Piénsese en la eliminación de facultades discrecionales que son oportunidades de corrupción, el desarrollo de servicios que ayuden al contribuyente, trabajar juntamente con el sector privado, la información de las políticas fiscales y la transparencia en materia fiscal.

10 Piketty y Saez: "un sistema tributario es progresivo si después del pago de impuestos, la renta está más equitativamente distribuida que antes del pago de impuestos", "un sistema tributario es progresivo si la participación de la renta pagada en impuestos aumenta con la renta" ("How Progressive is the U.S Federal Tax System? A Historical and Inernational Perspective", Journal of Economic Perspective - Volume 21, Nº 1, 2007, p. 3 - 24).

Quiere decir que hay un "efecto redistributivo" o, en otras palabras, que la desigualdad en la renta se reduce post el pago de impuestos si y solo si el sistema tributario es progresivo. Luego, la progresividad de un sistema fiscal es fundamental y elemental debido a su capacidad de redistribuir la renta. Sin embargo, los países en desarrollo tienen una preferencia especial por los impuestos indirectos ("impuestos ciegos" que afectan a todos) que son los más distorsionadores y regresivos, y dejan de lado impuestos como el IRPF que no solo recaudan más sino sobre todo encarnan una función redistributiva. El Perú no escapa de esa realidad como se puede observar en el gráfico 4, su historia lo demuestra: los desequilibrios fiscales, la función de la tributación como únicamente recaudatoria de impuestos ciegos, lo que es incongruente con sus problemas sociales. Se puede observar en el gráfico que, de los ingresos recaudados por cada impuesto como porcentaje del PIB en el Perú, sobresale ampliamente los impuestos indirectos (color plomo) frente a los directos.

Gráfico 4
Los ingresos recaudados por cada impuesto como porcentaje del PIB



De ahí, nuestro interés en rescatar la función redistributiva de los impuestos además de la recaudatoria. Sobre el efecto en el crecimiento económico, la historia nos muestra que el PIB *per cápita* creció mucho más después de la Segunda Guerra Mundial sobre todo en países como Alemania y Francia, países que fijaron un impuesto sobre las rentas del capital. Aunque, como consecuencia de la globalización y de la liberalización del mercado, muchos países en desarrollo

de manera generalizada aplicaron tratamientos fiscales especiales como los *tax holidays*[11], subsidios especiales a la inversión, zonas francas, diversas exoneraciones entre otros. Los cuales causan problemas de eficiencia, ya que, distorsionan las decisiones de financiación de las empresas, dificultan el control y generan efectos secundarios negativos. El Covid-19 hizo más visible este problema porque la política fiscal que se implementó en el 2020 y 2021 benefició en gran medida a las personas relativamente ricas y a las empresas más acomodadas que no necesitaban apoyo del Estado.

Piketty (2019) demuestra que los impuestos progresivos tienen efectos dinámicos y acumulativos que reducen el retorno neto de la riqueza. En consecuencia, el impuesto sobre las rentas del capital impide que la riqueza crezca desorbitadamente que si no existiese ningún impuesto. De esta manera, este tributo resulta ser un instrumento de redistribución en la sociedad (Conesa y otros, 2009). Asimismo, el impuesto sobre las rentas del trabajo es importante para el sistema tributario porque además de ser un instrumento recaudatorio sustancial de cuyos ingresos depende buena parte el gasto público, también tiene una función redistributiva que ningún otro impuesto posee. Muchos estudios demuestran que es el único tributo que aporta progresividad al sistema fiscal en su conjunto debido a la regresividad de los impuestos indirectos y la casi proporcionalidad, con ligera tendencia a la regresividad, de las cotizaciones sociales. De esta manera también se puede evitar la evasión fiscal[12].

IV. Propuesta de medidas específicas para la agenda laboral 2021-2026

El propósito fundamental de la siguiente propuesta de medidas específicas para la agenda laboral 2021-2026 es lograr que las mujeres y los hombres de nuestro país puedan acceder a un empleo productivo y decente, con seguridad

11 "Tax holidays" son períodos en los que los beneficios generados por la empresa están exentos de impuestos o sujetos a un tipo impositivo reducido. Son una señal de la existencia de una administración fiscal corrupta o ineficiente (FMI, 2011).

12 Sobre la evasión fiscal, relacionada a la captación de contribuyentes ricos, la lucha es clave para asegurar que el grueso de la recaudación no recaiga sobre los pobres. Al respecto, el FMI (2020) propone supervisar estrechamente a los grandes contribuyentes que estén en condiciones de cumplir sus obligaciones fiscales, reconociendo que la carga de cumplimiento de presentación de declaraciones y los problemas de liquidez pueden ser preocupaciones mayores para los más pequeños.

social mínima y universal en condiciones de dignidad humana. Veamos la propuesta de medidas[13].

1. Promover y generar empleo decente

Aplicar una propuesta para una agenda laboral que debe contribuir en el desarrollo económico y social del país, a través de la generación de empleo en forma sostenida en un marco de productividad, implica consolidar los pocos logros alcanzados por la legislación laboral actual. Estos se reforzarán mutuamente mediante actividades permanentes con el gobierno, las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Además, la realidad económica pone de manifiesto que los ajustes laborales, en las últimas décadas, resultaron insuficientes: más del 70% de la PEA se encuentra en situación de subempleo; la desigualdad e inequidad en la distribución del ingreso ha empeorado (el 10 % de la población concentra el 80 % de la riqueza generada y el resto, o sea 90% de ella, accede sólo al 20 % de la misma), persiste y se profundizan los problemas estructurales del empleo que se manifiesta en la escasa productividad de la PEA y las altas tasas de desempleo e informalidad de la fuerza laboral y la débil capacidad de generar empleo por parte del sector moderno de la economía.

Ciertamente, en estos últimos años se han registrado cambios positivos, pero tenemos que distinguir los coyunturales de los cambios estructurales que marcan la tendencia. Y uno de los principales problemas es la falta de empleo, y el empleo en un país es el mejor reflejo -o testigo- del conflicto permanente entre lo social y lo económico, entre la equidad y la eficiencia, entre la acumulación en los asientos contables o el bienestar de las familias. Lo más espectacular en el mercado de trabajo, durante los últimos años, ha sido la incorporación masiva de jóvenes a la población activa. Según el último censo del 2017 la distribución porcentual de la población joven es mayor que otros grupos, también el sector mayoritario de la PEA lo constituye la población de 15 a 29 años. Pero la situación es grave en la medida que el desempleo se presenta en forma disfrazada en

13 Esta propuesta surge del análisis y reflexión de nuestra realidad que presenta muchos problemas: no se han superado las causas de la segmentación de la estructura laboral, no se logró una reconversión tecnológica ni solución de la informalidad del empleo, ni los problemas de pobreza agravados actualmente por el Covid-19.

el subempleo, no como ausencia de empleo propiamente, sino como expresión del aumento de la pobreza e informalidad, agravados por el Covid-19.

Para superar los problemas indicados es necesario hacer esfuerzos adicionales para mejorar los niveles de empleos que facilite el crecimiento y desarrolle mecanismos efectivos de integración social para que los frutos del crecimiento que se puedan lograr repercutan en el mejoramiento del bienestar de todos los peruanos. En ese sentido, se plantea las siguientes medidas concretas:

- Aplicar un programa de trabajo que debe procurar contribuir en el desarrollo económico y social del país, a través de la generación de empleo en forma sostenida, en un marco de eficiencia, productividad, competitividad y justicia social. En ese sentido, se debe procurar generar un modelo democrático de relaciones laborales que incluya cambios tales como: el reconocimiento pleno del derecho al trabajo, la estabilidad laboral, el reconocimiento y fomento de los derechos colectivos especialmente la libertad sindical y la negociación colectiva con el respeto irrestricto al fuero sindical, eliminación de la tercerización e intermediación, derecho a una seguridad social redistributiva y universal.
- Promover el empleo y el trabajo decente, incentivando la incorporación al mercado laboral a los jóvenes, y particularmente de mujeres jóvenes, de forma tal que se pueda romper la reproducción del círculo de pobreza que se presenta en nuestro país. Siendo la economía informal el sector donde se concentra la mayor cantidad de pobres; por ello, las acciones orientadas a dicho sector deben ser prioritarias, privilegiando, igualmente, el apoyo a mujeres, sobre todo aquellas que son cabezas de familia. Igualmente, la implementación del empleo decente y la empleabilidad como mejora de los conocimientos y de las calificaciones, la mejora de la productividad con protección social y salud en el trabajo, y la aplicación del empleo productivo para la reducción de la pobreza.
- Perfeccionar la democratización de las oportunidades que se abren en el mercado, a través de la formulación y ejecución de políticas activas que se reflejarán en un moderno y eficiente servicio público de empleo y de desarrollo de los recursos humanos, que facilite los flujos de oferta y demanda de la fuerza laboral y que funcione de forma integrada con

los servicios de formación profesional. Una mayor y mejor información del mercado de trabajo posibilitará un monitoreo más efectivo y será, a su vez, un elemento catalizador y dinamizador de las políticas diseñadas y ejecutadas.

- Promover la adecuación de la legislación laboral nacional a los convenios internacionales de trabajo de la OIT ratificados por nuestro país[14], en particular el cumplimiento de los derechos fundamentales en el trabajo, como base para el desarrollo económico y social a través de la promoción de una cultura de diálogo, búsqueda del consenso entre el gobierno y los interlocutores sociales. De esta manera se puede crear las bases normativas necesarias para fortalecer los sectores productivos nacionales, en tanto creadores y facilitadores del empleo que genera trabajo, mediante el desarrollo de un amplio programa de capacitación y mejoramiento de la aplicación de la normativa nacional e internacional en materia laboral y seguridad social, en el que se incorporará, según corresponda, al Ministerio de Trabajo y otros actores e instituciones del mundo laboral. El objetivo de esta propuesta debe comprender el fortalecimiento de las capacidades de las organizaciones de empleadores y de los trabajadores.
- La institucionalización del diálogo es fundamental en el país a través del Consejo Nacional de Trabajo (CNT). Este espacio de diálogo nacional en materia laboral requiere ser fortalecido tanto en su operación como en la propia participación de las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, de forma que sean efectivamente capaces de fortalecer el sistema democrático y contribuir al

14 Los convenios al ser "celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional" (Artículo 55 de la Constitución peruana) y son obligatorios puesto que derivan de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". Asimismo, la propia OIT considera que sus convenios son tratados internacionales: "*Las normas internacionales del trabajo son instrumentos jurídicos preparados por los mandantes de la OIT (gobiernos, empleadores y trabajadores) que establecen principios y derechos básicos en el trabajo. Las normas se dividen en convenios (o protocolos), que son tratados internacionales jurídicamente vinculantes que pueden ser ratificados por los Estados Miembros…*" (Organización Internacional del Trabajo, *Las reglas del juego: Una introducción a la actividad normativa de la OIT*, Ginebra, 2019).

desarrollo socio laboral y productivo del país. Es decir, el diálogo social debe ser, entonces, estimulado y reconocido como el camino para procesar diferentes intereses para alcanzar los consensos básicos acerca de cómo construir mejores condiciones socios laborales que demandan y esperan los ciudadanos.

- Aprobar una norma que reúna en un solo texto la legislación laboral, previamente consensuada por los actores sociales de manera tripartita; es decir, una legislación unificada en un solo texto legal que permita un mayor conocimiento de parte de sus actores, por la ciudadanía en general y permita su mejor interpretación y aplicación; asimismo, supere la legislación actual que es dispersa y contradictoria en muchos casos. Seguimos siendo un país que carece de una Ley General del Trabajo y peor aún, de una normatividad que permita rescatar los principios doctrinarios elementales que le sirvan como sustento. Entonces es importante que nuestro país cuente con una norma general que regule la relación tan especial como es el acto jurídico laboral.

  Como sabemos, las experiencias de las comisiones especiales desde 1930 para unificar la legislación fueron exclusivamente por el camino de la formalidad; ni las organizaciones de los trabajadores, ni de los empleadores participaron en las decisiones definitivas en dichas comisiones lo cual explica en parte su fracaso. En suma, existe la necesidad de contar con una nueva legislación que se constituya en una herramienta fundamental que norme integralmente las relaciones laborales; de este modo, es prioritaria la propuesta de una Ley General de Trabajo[15].

15 Al respecto, se debe considerar la última experiencia interesante en el Perú: el 2001, en un contexto de recuperación de la democracia, el congresista Luis Negreiros, mediante PL 363-2001CR, propuso crear una comisión especial encargada de elaborar un Anteproyecto de Ley General de Trabajo. Igualmente, el congresista Henry Pease, mediante el PL. 161-2001-CR, propuso la creación de una Comisión Tripartita para recomendar modificaciones a la legislación laboral. Y la Comisión de Trabajo acordó nombrar una comisión de expertos para que elaborara el anteproyecto de la LGT. Luego de seis meses y setenta sesiones, la comisión de expertos aprobó un ALGT, con 389 artículos, el Título Preliminar, una primera parte referida a las relaciones individuales de trabajo y otra segunda parte referida a derechos colectivos de trabajo, que fue entregado al presidente de la Comisión de Trabajo y remitido al ministro de Trabajo y Promoción Social. Sin embargo, por irresponsabilidad del Congreso de la República no se logró aprobar lo avanzado por los interlocutores sociales que llegaron al 90% de acuerdo sobre las materias

- Finalmente, se trata de perfeccionar la democratización de las oportunidades que se abren en el mercado, a través de la formulación y ejecución de políticas activas que se reflejarían en un moderno y eficiente servicio público de empleo y de desarrollo de los recursos humanos, que facilite los flujos de oferta y demanda de la fuerza laboral y que funcione de forma integrada con los servicios de formación profesional. Una mayor y mejor información del mercado de trabajo posibilitaría un monitoreo más efectivo y sería, a su vez, un elemento catalizador y dinamizador de las políticas diseñadas y ejecutadas. Concretamente consideramos las siguientes medidas:

  i) Incrementar la Remuneración Mínima Vital a través del CNT[16] a fin de que pueda ser una cifra que cubra el gasto de una Canasta Básica Familiar. Esto solo será posible si se logra superar nuestro crecimiento económico, expresado en el comportamiento del PBI y el modelo de desarrollo de una economía extractiva de recursos naturales, a través de una economía de producción de materias con valor agregado.

  ii) Incentivar la negociación colectiva en el ámbito privado y público en el marco del modelo democrático de relaciones laborales que permitiría incrementar y mejorar las condiciones de trabajo y salarios. No es posible que el propio Estado, habiendo suscrito y ratificado sendos convenios de la OIT que reconocen dichos derechos, incumpla permanentemente su implementación.

  iii) Diseñar un nuevo proceso laboral que aplique efectivamente la protección al trabajador generando procesos abreviados y sumarios (monitores) a fin de terminar en el más corto plazo los juicios; asimismo, se debe garantizar el acceso gratuito a la justicia laboral en todos los niveles y pretensiones, permitiendo que las y los trabajadores no se vean afectados por cobros de tazas que impidan obtener sus reivindicaciones judiciales.

de derechos individuales y colectivos de la propuesta de la LGT.

16 Artículo 24 de la Constitución: "Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores".

iv) Fortalecer la Sunafil e incrementar el número de inspectores con el objetivo de lograr el cumplimiento de la normativa socio laboral. Es decir, muchos problemas laborales sociales se mantienen como debilidad del empleo formal, la supervisión del Estado es limitada que genera informalidad e ilegalidad en las relaciones laborales. En el Perú tenemos un amplio dominio del trabajo independiente, temporal, sin contrato, o en términos generales informal o ilegal que deben ser supervisados y sancionados de ser el caso.

2. Implementar una seguridad social mínima para todos

Partimos señalando, en general, que el principal problema de la cobertura de la seguridad social[17] en el Perú es la informalidad laboral, pues de los 16 millones que conforman la PEA, prácticamente más del 70% están excluidos de sus beneficios. En efecto, producto de una política económica y social de solo prestaciones contributivas laborales implementada desde hace décadas y -en paralelo- el incremento del número de personas que empezaron a trabajar en la informalidad o precariedad laboral. A esto se sumó el abandono del Estado de políticas de desarrollo con instrumentos económicos que signifiquen redistribución de la riqueza a través de una seguridad social o políticas concretas. Veamos algunos datos.

Lo más grave es que en salud, según el último censo de 2017 en el Perú, de 30 millones aproximadamente de personas solo el 70 % cuenta con algún seguro de salud; pero, la realidad demuestra que el porcentaje sigue siendo menor a esa cifra llegando al 50 % de la población: más del 50 % de la población actualmente no gozarían o no tendría derecho de un seguro de salud con prestaciones universales; pero cuentan con programas sociales asistenciales administrados por el Ministerio de Salud como es el caso del Sistema Integral de Salud que depende del presupuesto de la República. Por otro lado, los cotizantes del seguro social son alrededor de 7 millones de trabajadores de una PEA de 16 millones. Este seguro en salud está actualmente administrado por EsSalud como un sistema concentrado únicamente en el trabajador dependiente y formal.

17 La seguridad social no es solamente que algunas personas cobren pensiones o beneficios a fin de mes, es un sistema de protección social universal y redistributivo que debe ser integrante necesario del desarrollo económico y social de un país.

En materia de pensiones, en el sistema privado de pensiones tenemos afiliados más de 5 millones 351 mil personas, pero lo más preocupante es que sólo cotizan el 40% que significa 12% de la PEA, o sea, una cantidad muy reducida, y en el sistema nacional de pensiones, tenemos más de 4 millones 154 mil afiliados y aportantes. Además, existe dispersión normativa e institucional: las pensiones tienen un abanico de sistemas, el sistema nacional de pensiones, que es el antiguo sistema de reparto público; el sistema privado de pensiones; el sistema de las Fuerzas Armadas y de Fuerzas Policiales, que son cajas que tienen problemas serios; y el régimen cerrado del Decreto Ley 20530.

Los resultados, no son satisfactorios. Ciertamente hay mucho camino que recorrer, pero también muchos mitos que desvelar si se quiere tener en general niveles mínimos de seguridad social y evitar, en el futuro, la quiebra total del seguro social cuya consecuencia no es posible prever. Es una realidad del país que planteamos enmendar a través de las siguientes políticas:

- Reformular la implementación de la seguridad social para todos; en tanto dista mucho de lo que es la previsión social que tuvo vigencia hace muchas décadas en nuestro país. Es decir, la seguridad social para todos se entenderá como protección a toda la población especialmente contra riesgos, contingencias sociales; aunque el centro siga siendo el trabajador a partir del cual la protección se irá extendiendo a su familia y a otros sectores sociales. La diferencia radica en que la previsión social se limita a sustituir la perdida de la capacidad de ganancia producto de una contingencia, basada en el ahorro individual; mientras que la seguridad social se orienta a la redistribución de ingresos en beneficio de los más pobres, asentada en un sistema de reparto donde el trabajador que está en la plenitud de sus facultades laborales sostiene solidariamente a los ancianos y a los impedidos, y así sucesivamente.
- Acceso universal a los servicios de salud y a la seguridad social, con participación ciudadana y crecimiento económico. La perspectiva de la seguridad social como derecho humano y política social se transformaría en un *ethos* normativo que defina valores e ideales. Así, los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos no sólo abarcarían el listado del artículo 2 de la Constitución peruana, sino todos aquellos derechos de la persona consagrados en instrumentos internacionales (Tratados, Convenios, Pactos, Declaraciones, etc.) de los que el Perú

forma parte; todos los cuales pueden ser considerados derechos con rango constitucional en el aspecto jurídico[18]. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que *(…) en materia de derechos fundamentales, las normas que los reconocen regulan o limitan deben* ***interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos*** *(...) no solo es una exigencia que se deriva directamente de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también del hecho* ***de que los tratados, una vez ratificados por el Estado peruano, forman parte del derecho nacional***[19]*.* (Subrayado y negrita nuestros).

- Implementar un modelo mixto de jubilación que combine el sistema público, como un componente básico y obligatorio, con el régimen de capitalización plena e individual como complemento. Un sistema público con una pensión básica y prestación definida bajo un sistema de reparto y el de capitalización otorgaría un monto adicional sobre los aportes voluntarios. Es decir, tendría dos componentes, superando el modelo dual u opcional: un sistema público de reparto y beneficios definidos, y un sistema privado de capitalización individual, el cual pagaría una pensión complementaria. Una parte de la cotización iría al régimen público de reparto, que puede solventar una pensión básica y universal a los contribuyentes, la otra parte se incorporaría a la cuenta individual como una pensión complementaria.
- Proponemos una nueva vía de desarrollo del sistema previsional en el Perú, que consiga los objetivos básicos de todo seguro social mediante la acción determinante del Estado, sin que ésta excluya la iniciativa privada y la participación organizada de los agentes económicos y sociales. Debemos considerar que la seguridad social como parte de las políticas sociales que implementa un Estado debe ser evaluada atendiendo las relaciones económicas, sociales y políticas que ella implica, en cualquier lugar donde se desarrolle. No en vano, en la 89 Conferencia de la OIT, en su tercera conclusión, establece que la seguridad so-

18 Más aún el artículo 3 de la Constitución extiende el rango constitucional no solo a los derechos expresamente reconocidos en su artículo 2 sino también a todos los demás derechos fundamentales contenidos en otros instrumentos, entiéndase tratados obligatorios para el Perú (Fabián Novak Talavera, *La Constitución Comentada. De los Tratados*, Primera Edición diciembre 2005, p.766).

19 Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 1230-2002-HC/TC del 20.06.2002.

cial administrada correctamente aumenta la productividad al proporcionar asistencia médica, seguridad de ingresos y servicios sociales[20].

- Finalmente, la implementación de la seguridad social mínima como vía posible que debe surgir de una nueva ecuación planificación y mercado, a partir de un marco estructural que consagre el ámbito de la competencia del Estado, para enfrentar con éxito los problemas reseñados en líneas arriba. La propuesta de implementación de la seguridad social mínima en el Perú es de conformidad al estándar internacional expresados en el Convenio 102 y la Recomendación 202 de la OIT, y tomando en cuenta las principales experiencias de algunos países latinoamericanos; para ello, es necesario empezar con el concepto de la seguridad social mínima en las condiciones actuales. Desde la perspectiva de la OIT ese mínimo se refiere a prestaciones imprescindibles para la existencia de la seguridad social; es decir, se exige cumplir con solo tres de las nueve prestaciones reconocidas por la misma institución en el Convenio 102.

  Debemos considerar que el Convenio 102, suscrita en 1952 y ratificado por el Perú en 1961, de las nueve prestaciones de la seguridad social solo resalta la importancia de tres de ellas para que un país cuente con una seguridad social mínima. Así, para nuestra propuesta, hemos elegido: la cobertura del derecho a la salud universal, la prestación de pensiones y el seguro de desempleo. En el fondo de esta propuesta late la idea de que la seguridad social mínima puede dotar bienestar social a toda persona, garantizando la dignidad humana contenida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[21]. También tomamos en cuenta la Recomendación 202 de la OIT en cuanto a la "orientación a los miembros para establecer pisos de protección social adoptados a las circunstancias y niveles de desarrollo de cada país". De

20 Tercera conclusión del Orden del Día de la 89 Conferencia Internacional de OIT, Resolución y Conclusiones en "*Seguridad Social: Un nuevo consenso",* OIT, 2002.

21 "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social (…), la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad" (Art. 22 de la DUDH); "Toda persona tiene el derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo…" (Art.23 de la DUDH).

esta manera avanzaríamos en la construcción de una sociedad que haga compatible el desarrollo material con la equidad social y la democracia.

V. A modo de conclusión

Podemos señalar algunas ideas, a manera de conclusión: tras la pandemia del Covid-19, la realidad económica y social expresada en mayor desempleo y pobreza como dos problemas indesligables se ha vuelto a imponer en el Perú. Es indudable que superar esos problemas requiere voluntad política y mucho esfuerzo del Estado. Se puede afirmar que el reto está presente: es imprescindible que la mayoría de las mujeres y los hombres puedan acceder a un empleo productivo en condiciones de libertad, equidad y dignidad humana. Y debe surgir de la superación de las causas de la segmentación de la estructura laboral y de la reconversión tecnológica. De ese modo se pueden superar los problemas estructurales del empleo que se manifiesta en la escasa productividad de la PEA y las altas tasas de desempleo de la fuerza laboral y la débil capacidad de generar empleo por parte del sector moderno de la economía.

Asimismo, se debe superar la pobreza a través de la implementación de la seguridad social mínima para todos; en tanto dista mucho de lo que es la previsión social. La diferencia radica en que la previsión social se limita a sustituir la perdida de la capacidad de ganancia producto de una contingencia, basada en el ahorro individual; mientras que la seguridad social se orienta a la redistribución de los ingresos en beneficio de los más pobres, asentada en un sistema universal y solidario.

En esa dimensión, el futuro del trabajo en la agenda política 2021-2026 del Perú es fundamental; por ello, hemos señalado medidas específicas distinguiendo los derechos fundamentales sociales, como el trabajo y la vida digna de los trabajadores, de otros derechos de millones de personas, que no son trabajadores y no cuentan con ingresos propios o rentas, que exigen una actuación especial del Estado. El Estado no puede ser ajeno a ese reclamo de muchas décadas agudizada por el problema de la pandemia, es una cuestión de necesidad. Se puede lograr *el paso del estado de necesidad al Estado de Bienestar* a través de la aplicación de los impuestos progresivos; de esta manera, se podrá incidir en la concentración o el grado de desigualdad de la base imponible que tienen un impacto sustancial a largo plazo sobre la desigualdad social. Especialmente ahora, porque a

pesar de todas las medidas tomadas por el gobierno en estos dos últimos años, para combatir el Covid-19, la pobreza se ha incrementado, circunstancia en la que, entre otros factores, desempeñan un papel determinante el desempleo y la informalidad laboral.

VI. Referencia bibliográfica

Acemouglu Daron, 2005, "Politics and Economics in Weak and Strong States", *Journal Monetary Economics*, Vol. 52, pp.199-226.

Banco Interamericano de Desarrollo, *Desarrollo más allá de la economía, Informe del Progreso Económico y Social en América Latina*, Washington D.C., 2000.

Bertranou Fabio (coord.), *Envejecimiento, empleo y protección social en América Latina,* OIT para el Cono Sur de América Latina, Chile, 2006.

Boron Atilio (compilador), *Tiempos violentos : neoliberalismo, globalización y desigualdad en América Latina,* Ed. Clacso, Buenos Aires, 2004.

Calvez Jean Yves, *Nécessité du Travail : disparation d'une valeur ou rédefinition*, Les Editions de I'telier, Paris, 1997.

Castel Robert, *Les metamorphoses de la question sociale: une chronique du salaire*, Editions Fayard, París, 1995.

Conesa, J., Kitao, S. y krueger, D. "Taxing capital? Not a bad idea after all", *American Economic Review,* March 2009.

Dolls Mathias, *An Unemployment Re-Insurance Scheme for the Eurozone? Stabilizing and Redistributive Effects*, CESifo Working Papers 8219, april 2020.

Gamarra rondinel Ana, Hacia una tributación compasiva, Revista Páginas, Ed. CEP. Lima, agosto, 2014.

Gorz André, *Métamorphoses du Travail*, Ed. Galilée, Paris, 1988.

Habermans Jürgen, *Facticidad y validez,* Ed. Trotta, Madrid, 1998.

Huerta de Soto Jesús, *Estudios de Economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2004.

Markey Laurence, *Droit Social,* Université Louvain-la-Neuve, Bélgica, 2014.

Mesa - Lago, Carmelo y Bertranou Fabio, "Un reto de Iberoamérica en el siglo XXI: La extensión de la cobertura de la seguridad social", en América Latina Hoy Nº 48 (67-81).

Molina Carlos Gerardo, *Gasto público social*, BID, Washington D.C., 2000.

North Douglas, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico,* Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

OIT, Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo (98ª Conferencia Internacional del Trabajo), Ginebra, OIT, 2009. World Social Security Report 2010-11, Ginebra, 2010.

Kanbur R. and Keen M. (2014), "Thresholds, informality and partitions of compliance".

Krugman Paul (2020), *The case for permanent stimulus*, in "Mitigating the Covid Economic Crisis: Act Fact and Do Whatever It Takes", Edited by Richard Baldwin and Beatrice Weder di Mauro, CEPR Press, p.213-219.

Lettieri Alberto, *La Civilización en debate: de las revoluciones burguesas al neoliberalismo*, Ed. Prometeo libros, Buenos Aires, 2004.

Piketty Thomas, *Capital e ideología,* Ediciones Deusto, Barcelona, diciembre 2019.

Sen Amartya, conferencia del tema ¿qué impacto puede tener la ética? En la Reunión Internacional sobre "Ética y Desarrollo" del Banco Interamericano de Desarrollo, Buenos Aires, 2002.

Schwarger Helmut, Casalí Pablo y Bertranou Fabio (Coordinadores), *La Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT, el papel de los pisos de protección social en América Latina y el Caribe,* OIT, 2914.

Rosavallon Pierre, *La nouvelle question sociale, repenser l'état-providence*, Editions du Seul, París, 1995.

¿Van Veen Tom, "Have macroecomic models lost their connetion with economic reality?", Cesifo Working papers N° 8256, april 2020.

INVITADO ESPECIAL

LA NUEVA REGULACIÓN LEGAL URUGUAYA SOBRE TELETRABAJO

Mario Garmendia Arigón*

Resumen

Se presenta un panorama general de los principales contenidos de la ley uruguaya nº 19.978, de 20 de agosto de 2021, que regula el teletrabajo cumplido en el marco de una relación de subordinación o dependencia en que el empleador no sea una entidad estatal.

Palabras claves

Teletrabajo / Teletrabajador / Ley Nº 19.978 / Uruguay.

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito de aplicación de la ley nº 19.978. III. Una nueva modalidad de contratación de trabajo. IV. Definiciones: teletrabajo y teletrabajador. *1. Componentes de las definiciones. 2. Componente espacial. 3. Componente instrumental.* V. Contrato escrito. VI. El lugar de trabajo. VII. Reversibilidad. *1. Concepto. 2. Requisito escritural. 3. Carácter permanente o temporal de la modificación. 4. Derecho de receso unilateral. 5. Pasaje a la presencialidad cuando el teletrabajo es la modalidad original del vínculo.* VIII. Horarios de trabajo, desconexión y descansos. *1. Limitación del tiempo de trabajo. 2. Derecho a la desconexión. 3. Descansos. 4. Libertad del teletrabajador para distribuir sus horarios. 5. La limitación diaria. 6. Exceso del límite diario: compensación de horas. 7. Trabajadores híbridos.* IX. Incorporación de sistemas de registro de asistencia, control y

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH (Punta del Este, Uruguay). Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho – Universidad de la República, Uruguay). Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Facultad de Derecho – Universidad CLAEH) Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH (Punta del Este -Uruguay). Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay. Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho – Universidad de la República- Uruuay). Profesor Titular de Derecho del Trabajo – Facultad de Derecho -Universidad CLAEH). Director de la Revista Derecho del Trabajo (La Ley Uruguay – Thomson Reuters).

vigilancia. X. Herramientas, insumos y equipos para el teletrabajo. XI. Seguridad e higiene laboral, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. XII. Aplicación en el tiempo.

I. Introducción

El 20 de agosto de 2021, el Poder Ejecutivo uruguayo promulgó la ley nº 19.978, que regula el teletrabajo cumplido en el marco de una relación de subordinación o dependencia, en la que el empleador sea una persona privada o de Derecho público no estatal.

El proceso de discusión y aprobación de esta norma se desarrolló en un contexto muy particular. El 13 de marzo de 2020, cuando fueron detectados los primeros cuatro casos positivos de COVID-19 en Uruguay, el Poder Ejecutivo declaró el *estado de emergencia nacional sanitaria* (IMPO, 2020).

Si bien las medidas adoptadas para prevenir la propagación de los contagios nunca incluyeron la imposición de un aislamiento general y obligatorio, sí significaron una serie de importantes restricciones o condicionamientos respecto de los niveles normales de la actividad en todo el país (Rodríguez Azcúe, 2020, pág. 69 y ss.).

En lo que directamente atañe a nuestro tema, esas medidas incluyeron una exhortación a todos los empleadores para que sus trabajadores realizaran tareas desde sus domicilios toda vez que esto fuera posible (IMPO d. 9., 2020). Para estos casos, el decreto del Poder Ejecutivo se limitó a establecer que *el empleador debía asumir a su cargo el suministro de todos los implementos necesarios para la realización de las tareas* y la exigencia formal de *realizar una comunicación a la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, vía correo electrónico*.

A raíz de esa exhortación, una muy importante cantidad de empresas, organismos e instituciones (incluidos, públicos de todo nivel) pasaron a organizar rápidamente su actividad a través de esta modalidad.

Este fenómeno, de acaecimiento inesperado, abrupto y sumamente masivo, se produjo en condiciones en que nuestro Derecho positivo no contaba con una

regulación especial para el trabajo a distancia y (salvo los muy específicos puntos a que hizo referencia el decreto 94/020[1], ninguna otra referencia normativa, exigencia o particularidad había sido consagrada en Uruguay para el desarrollo del trabajo a distancia o, más específicamente, del *teletrabajo*.

En este contexto, la ley nº 19.978 abordó la temática, buscando atender algunas de las especialidades que presenta esta modalidad de prestación del trabajo.

No lo hizo con vocación de completitud, porque -según se verá- no creó un *estatuto* integral y detallado para el *teletrabajo*, sino que enfocó la atención en algunas de sus particularidades, para atribuirles una regulación especial.

Es una norma que, en varios aspectos y sentidos, califica como deficitaria.

Su redacción es imprecisa y anfibológica; incorpora una retórica que a menudo luce altisonante o, incluso, vacua; soslaya o menosprecia temas que, sin dudas, debieron merecer mayor atención[2]; confía exageradamente en la autonomía de la voluntad individual del *teletrabajador* (olvidando[3] a la autonomía colectiva); excluye de su aplicación a los funcionarios públicos; presenta el riesgo de padecer un envejecimiento prematuro o acelerado (debido a su escaso margen de adaptación ante la notable dinámica de las TIC o de las formas de trabajo asociadas a éstas), etc.

Pero, con todos sus defectos, la ley también puede ser entendida como un primer paso, que necesariamente tendrá que ser mejorado y perfeccionado, pero que resulta útil para comenzar a corregir el retraso que el Derecho positivo uruguayo experimentaba en esta materia (Gauthier, 2021).

---

1 A saber: el deber del empleador de suministrar los insumos y cumplir con el requisito formal de la comunicación a la Inspección General de Trabajo y la Seguridad Social.

2 Por ejemplo, el relativo a los controles y la vigilancia a distancia y el derecho a la intimidad de los teletrabajadores o el derecho a la formación y a la promoción profesional de los *teletrabajadores* o las múltiples implicancias que el fenómeno del *teletrabajo* genera desde la perspectiva del derecho a la igualdad (p. ej.: por razón de género, responsabilidades familiares, condición socioeconómica, etc.).

3 O sólo considerándola de manera muy oblicua, cuando en el artículo 10 declara que el *teletrabajo* no afecta "los derechos individuales *y colectivos* consagrados por el ordenamiento jurídico vigente, en todo lo que le sea aplicable".

Cuando aún está pendiente de reglamentación, las líneas que siguen tienen por objeto ofrecer un panorama crítico y, fundamentalmente, descriptivo, de la nueva regulación legal uruguaya, con una perspectiva de análisis enfocada a interpretarla apuntando a extraer o rescatar del texto las lecturas que mejor armonicen con el sentido protector que particulariza al Derecho del trabajo.

II. Ámbito de aplicación de la ley nº 19.978

En el artículo 2º queda delimitado el ámbito de aplicación de la ley, que, según se indica, "*será aplicable a las relaciones laborales que se desempeñen en un régimen de subordinación y dependencia en las que el empleador sea una persona privada o de derecho público no estatal*".

Aparecen aquí dos elementos demarcatorios principales.

Por una parte, la regulación legal se aplica exclusivamente al *teletrabajo* cumplido en el marco de *relaciones laborales que se desempeñen en un régimen de subordinación y dependencia,* excluyendo el *teletrabajo* autónomo. Es decir, la normativa sólo abarca a *la prestación de trabajo, total o parcial, fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador, utilizando preponderantemente las tecnologías de la información y de la comunicación, ya sea en forma interactiva o no (online-offline)*, en tanto sea cumplida por quien *se hallare en una relación de trabajo o servicio como obrero o empleado* (en los términos del artículo 54 de la Constitución de la República).

El segundo elemento demarcatorio del ámbito de aplicación de la nueva regulación legal, resulta establecido a partir de un factor de tipo subjetivo, pues queda enfocado en la figura del empleador.

En tal sentido, a tenor del artículo 2º, para quedar alcanzado por la ley, en el vínculo en cuestión el empleador debe ser "*una persona privada o de derecho público no estatal*". Es decir, la regulación legal no se aplica a aquellos casos en que el *teletrabajo* sea prestado en virtud de un vínculo laboral en la que el empleador sea el Estado.

III. Una nueva *modalidad* de contratación de trabajo

Diversas disposiciones contenidas en la norma en análisis, dejan en evidencia que el legislador no tuvo el propósito de crear un estatuto integral, propio y particular para el *teletrabajo*, sino que, fundamentalmente, enfocó su atención en algunas de sus especificidades, para hacerlas destinatarias de determinadas regulaciones especiales (Gauthier, 2021).

Esto se desprende claramente, por ejemplo, del artículo 10 de la ley, donde se consigna que "*El teletrabajo modificará única y exclusivamente la modalidad en que se efectúa el trabajo, sin afectar los derechos individuales y colectivos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente, en todo lo que sea aplicable*". Se aprecia allí el énfasis ("*única y exclusivamente*") con el que queda plasmada la idea de que el *teletrabajo* no supone alteración de la lógica propia del vínculo laboral ni de las normas que, con carácter general, rigen a su respecto, sin perjuicio de las disposiciones especiales que se introducen en esta ley.

Lo mismo queda reflejado en el artículo 3º, literal "C", donde se establece que "*Los teletrabajadores gozarán de los mismos derechos y acceso a las mismas condiciones de trabajo que los trabajadores presenciales, salvo las que sean inherentes a la prestación de trabajo en forma presencial. En forma particular, se respetará su derecho al descanso, a la intimidad, a la seguridad e higiene laboral y a la libertad sindical*".

De este modo, con esta regulación queda configurada una nueva *variante* o -para emplear la expresión que se utiliza en el artículo 10 de la ley- una nueva *modalidad* de contratación laboral, que atiende a ciertos rasgos especiales del *teletrabajo,* pero que no desconoce que la figura sigue siendo, en su esencia, una relación de trabajo a la que se le aplica, por defecto (y salvo expresa disposición en contrario), la regulación general que rige para el *contrato de trabajo* (Raso-Delgue, 2021).

Por consiguiente, el análisis de esta figura debe realizarse con perspectiva de *estudio unitario de la contratación laboral* y prestando atención a sus notas distintivas.

IV. Definiciones: *teletrabajo* y *teletrabajador*

El artículo 1º de la ley, define al *teletrabajo* como "*la prestación del trabajo, total o parcial, fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador, utilizando preponderantemente las tecnologías de la información y de la comunicación, ya sea en forma interactiva o no (online-offline)*".

A su vez, en el artículo 4º, se define al *teletrabajador*, como "*toda persona que presta su trabajo, total o parcial, fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador, utilizando preponderantemente las tecnologías de la información y de la comunicación ya sea en forma interactiva o no (online-offline)*".

Es claramente apreciable que los términos empleados en ambas definiciones están prácticamente espejados, al punto que podría decirse que la definición del artículo 4º es innecesaria por lo redundante.

1. Componentes de las definiciones

Los elementos que, a los efectos de esta ley, configuran el concepto de *teletrabajo,* se pueden esquematizar así:

- una prestación de trabajo;
- cumplida, total o parcialmente, fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador;
- con utilización preponderante de las tecnologías de la información y la comunicación, ya sea en forma interactiva o no (online-offline).

La *prestación de trabajo* es, naturalmente, la premisa de la definición.

Esa prestación laboral resulta particularizada por dos factores fundamentales, que determinan que deba ser cumplida:

- *fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador* (total o parcialmente) y,
- *utilizando preponderantemente las tecnologías de la información y la comunicación*, ya sea en forma interactiva o no (online-offline).

Estas dos características constituyen las bases conceptuales de esta modalidad de vinculación laboral y deben estar presentes en forma *acumulativa*, pues son,

ambas conjuntamente, las que configuran el concepto del *teletrabajo* (Gauthier, 2021).

Esto significa que, por lo tanto, no habrá *teletrabajo* si sólo está presente una de ellas, pero no la otra. Es decir, la prestación laboral debe cumplirse fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador *y, además,* mediante la utilización preponderante de las tecnologías de la información y la comunicación.

2. Componente espacial

Entonces, la primera exigencia es de carácter *espacial* y consiste en que la tarea (la *prestación laboral*) debe ser cumplida, *total o parcialmente, fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador.*

Se trata, por supuesto, de una característica esencial de esta modalidad de trabajo, al punto que sirve para explicar la etimología del vocablo con el que se la designa. Además, es la principal causante de los desafíos que el *teletrabajo* le pone por delante al Derecho laboral, históricamente edificado sobre la premisa del trabajo cumplido en el *establecimiento del empleador*.

A este respecto, vale la pena destacar que, según el giro que emplea la ley, resulta que no alcanza con que la prestación de trabajo sea cumplida *a distancia del establecimiento del empleador*, sino que debe realizarse en un lugar físico *que no sea proporcionado por este último* (*"fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador"*).

Esta disquisición puede tener apariencia de sutil, pero no lo es en lo más mínimo, porque, según la definición legal, no habrá *teletrabajo* cuando la actividad sea cumplida desde algún lugar que haya sido proporcionado por el empleador.

De este modo, no será *teletrabajo* el que sea prestado desde ámbitos físicos que el empleador ponga a disposición del trabajador, tales como *telecentros, oficinas-satélite, telequioscos, centros de llamadas o call centers* u otros.

Es más, en estricto rigor, incluso quedaría fuera de la definición consagrada por la ley, la prestación laboral que sea cumplida desde la propia morada del trabajador, en aquellos casos en que la misma sea proporcionada por el empleador (Raso-Delgue, 2021).

La incidencia que este componente *espacial* tiene en la definición legal es bastante intensa, pues -según indica la norma- alcanza con que el trabajo sea *parcialmente* realizado en ese *ámbito físico no proporcionado por el empleador*, para que pueda quedar calificado como *teletrabajo*. Es decir, puede haber *teletrabajo* incluso cuando la prestación sea cumplida, no en su totalidad, sino en parte o parcialmente, *fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador.*

Este punto genera algunas interrogantes. En tal sentido, cabe preguntarse si una *porción mínima* de trabajo cumplido fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador sería suficiente para que el vínculo, en su totalidad, quedara calificado como *teletrabajo.*

Imagínese que, por ejemplo, empleador y trabajador acuerdan que un día a la semana las tareas serán cumplidas en forma remota, desde el domicilio del trabajador, pero los demás días de la semana la prestación se ejecutará en forma presencial, en el ámbito físico proporcionado por el empleador. ¿Sería posible que ese vínculo quedara *enteramente* calificado como *teletrabajo*?

Una lectura piedeletrista de la definición legal, lleva hacia una respuesta afirmativa, porque -según se dijo- el texto refiere a que alcanza con que *una parte* de la prestación sea cumplida *fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador*. Sin embargo, una conclusión así, además de que no sería *razonable*, contravendría el principio de *primacía de la realidad* y hasta resultaría incompatible con el propio *principio protector* y sus reglas, *in dubio pro operario* y *de la norma más favorable* (esto último porque implicaría dejar sometido al vínculo, en su totalidad, a un estatuto jurídico que, en ciertos aspectos puede ser menos favorable que el que rige para el trabajo presencial).

Por consiguiente, ante una situación como la que se acaba de poner como ejemplo, la interpretación más plausible quizás sea la de reconocer en ellas la existencia de una modalidad *híbrida* (parte *trabajo presencial* y parte *teletrabajo*) a la que resultarían aplicables, respectivamente, las reglas de uno y otro régimen, por ejemplo, en materia de horarios, registro de asistencia, provisión de elementos para cumplir con la tarea, etc., reservando la calificación de *teletrabajo* para la totalidad del vínculo sólo en aquellos casos en que efectivamente exista una prevalencia de las labores cumplidas a distancia y mediante la utilización preponderante de TIC (Pérez del Castillo, Matías; Lasarte, Felipe y Demarco, Cecilia, 2021).

3. Componente instrumental

Las definiciones de *teletrabajo* y de *teletrabajador* se completan con un componente de tipo *instrumental,* que determina que la prestación de trabajo debe ser realizada mediante la *utilización preponderante de las tecnologías de la información y la comunicación, ya sea en forma interactiva o no (online-offline)*.

Este componente *instrumental* es tan importante como el *espacial,* de tal modo que no habrá *teletrabajo* cuando esté ausente cualquiera de los dos.

Al referirse a este elemento, la ley establece que, para que exista *teletrabajo*, la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación debe ser *preponderante* ("*utilizando preponderantemente las tecnologías de la información y de la comunicación*…"). Según el diccionario, con este vocablo se designa lo "*que prevalece o tiene cualquier tipo de superioridad respecto a aquello con lo cual se compara"*. Por lo tanto, para que se configure el *teletrabajo* será necesario que en la prestación de trabajo haya una *incidencia crucial* de las referidas tecnologías (Pérez del Castillo, Matías; Lasarte, Felipe y Demarco, Cecilia, 2021), no bastando con que las mismas cumplan una simple función accesoria o de mero soporte de la tarea, sino que, mucho más que eso, su incidencia debe ser *determinante*.

La definición legal admite que esas tecnologías puedan ser utilizadas "*en forma interactiva o no (online-offline)"*, cuestión que, según se dirá *infra*, puede tener proyecciones en materia de, por ejemplo, los horarios de trabajo.

V. Contrato escrito

El contrato de *teletrabajo* debe celebrarse por escrito. La introducción de este elemento le confiere a esta modalidad contractual una cierta atipicidad dentro del esquema general de la contratación laboral, puesto que, como es bien conocido, el *contrato de trabajo* se caracteriza por ser de tipo *consensual*, ya que *obliga por el simple consentimiento de las partes* (artículo 1252 del Código Civil uruguayo).

Sin embargo, el requisito escritural aparece concretamente consagrado por ciertas leyes para determinadas modalidades contractuales[4], aunque existe amplio

4 Por ejemplo, la ley 12.156, de 22 de octubre de 1954, que consagra la exigencia del contrato escrito para los viajantes y vendedores de plaza (artículo 7º).

consenso doctrinario y jurisprudencial en cuanto a que, en tales casos, la omisión del referido elemento formal no conlleva la consecuencia de que el contrato *no produzca ningún efecto civil*, pues se entiende que prevalece el *principio de primacía de la realidad* o que, en todo caso, la exigencia resulta sólo imponible al empleador, pero no al trabajador.

En esta línea, Raso-Delgue califica a este requisito como "indispensable para que operen las normas de la Ley 19.978 y en especial el régimen de jornada instituido por el art. 8" y de su omisión deduce que "los tiempos del trabajo a distancia se regularán según las disposiciones generales del Derecho laboral" (Raso-Delgue, 2021).

Por lo tanto, la ausencia de este requisito no privará de efectos al vínculo de *teletrabajo*, cuya calificación jurídica habrá de deducirse, no a partir de la existencia o ausencia de elementos de tipo formal, sino de las circunstancias reales que caractericen al desenvolvimiento de la relación o, en palabras de la Recomendación 198 de la OIT, *de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo.*

Sin perjuicio de esto, resulta interesante y compartible la opinión de Pérez del Castillo-Lasarte-Demarco, en cuanto a que la omisión del requisito escritural puede tener por efecto la configuración de una presunción -simple- de inexistencia de una relación de *teletrabajo* (Pérez del Castillo, Matías; Lasarte, Felipe y Demarco, Cecilia, 2021).

Siendo así, resulta más apropiado calificar a esta formalidad como un requisito *de prueba* (*ad probationem*), que propiamente como una solemnidad y, desde la perspectiva del empleador, habría que reconocer en ella la naturaleza de una *carga*.

La incorporación de este requisito parece responder, por una parte, a darle certeza a la existencia del acuerdo entre el empleador y el *teletrabajador* y, asimismo a garantizarle a este último la *voluntariedad* de su opción por el *teletrabajo* (artículo 3º, literal A), finalidades que no parecen ser distintas de las que explican que se aplique la misma exigencia en otras modalidades de contratación laboral.

VI. El lugar de trabajo

Más arriba fueron analizadas las definiciones de *teletrabajo* y de *teletrabajador,* que se plantean sobre la base de dos componentes: uno *espacial* (que la prestación laboral sea cumplida fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador) y otro *instrumental* (con utilización preponderante de las tecnologías de la información y la comunicación).

La característica de que la prestación laboral sea desarrollada *a distancia* del empleador, hace a la esencia del *teletrabajo*, pero, según ya fue destacado más arriba, la ley también define que ese lugar *no puede ser proporcionado por el empleador* y, por esta razón, quedan excluidas de la noción legal de *teletrabajo* aquellas situaciones en que la labor es cumplida desde una locación provista por el empleador.

Pero, lo que resulta llamativo es que, contrariamente a lo que podría haber sido, la ley no contempló, por ejemplo, la situación de los denominados *nómadas digitales*, pues no dejó al *teletrabajador* en libertad para decidir a su exclusivo arbitrio desde dónde habrá de prestar el trabajo, sino que, todo lo contrario, estableció a texto expreso que ese lugar *debe* quedar determinado en el contrato y que la libertad del *teletrabajador* para elegir ese lugar sólo existirá cuando por la naturaleza de la prestación esto sea factible y tal posibilidad haya sido acordada por las partes.

En todo caso, si en el contrato nada se dijera a este respecto, debe interpretarse que la prestación de trabajo puede ser cumplida desde cualquier lugar que se encuentre ubicado fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador.

Con respecto al *lugar* desde donde se presta el trabajo, la oración final del artículo 6º enuncia, con especial contundencia, que, *en ningún caso,* el teletrabajador podrá exigirle al empleador que le proporcione uno. En rigor, incluso si, voluntariamente (es decir, sin que medie una exigencia del trabajador), es el empleador quien proporciona ese ámbito físico desde el que se cumple la actividad, quedarían desconfiguradas las definiciones legales de *teletrabajo* y de *teletrabajador*, pues -como ya fue dicho- de acuerdo a tales definiciones, para que haya *teletrabajo* la prestación debe ser cumplida *fuera de un ámbito físico proporcionado por el empleador*.

VII. Reversibilidad

1. Concepto

El literal B) del artículo 3º, refiere a lo que se denomina "*reversibilidad*", que queda enunciada como uno de los *principios rectores* de la aplicación de la ley y es descripta como la potestad de las partes de *modificar la modalidad de trabajo presencial a la de teletrabajo y de teletrabajo a presencial, previo acuerdo por escrito.*

Si bien el calificativo con que ha sido designada (*principio rector*) parece estar adjudicándole a esta noción una apariencia de cierto destaque, ni bien se analiza su contenido se constata que no hay en ella nada que resulte verdaderamente significativo.

En realidad, lo que se desprende de la norma es que, existiendo acuerdo entre el empleador y el trabajador, la modalidad del *teletrabajo* puede abandonarse para que el vínculo continúe desarrollándose en forma presencial y viceversa. Siendo así, no hay en tal definición nada que merezca ser resaltado como particularmente novedoso, pues a la misma conclusión se habría llegado si la ley nada hubiera establecido a este respecto.

2. Requisito escritural

Aquí también se vuelve a plantear la exigencia de que ese *acuerdo* tiene que plasmarse por *escrito* y, además, se agrega que tiene que ser *previo* a que se concrete la modificación en la modalidad de la prestación de la actividad.

Con respecto al requisito de la escritura de este pacto, caben aquí los mismos comentarios que fueron realizados *supra* en cuanto a su naturaleza exclusivamente *ad probationem* y acerca de que su omisión, no habrá de afectar su validez ni su eficacia, aunque puede tener como consecuencia la generación de una presunción simple sobre la inexistencia del requerido acuerdo.

3. Carácter permanente o temporal de la modificación

Pero, con respecto a la posibilidad de cambiar la modalidad de trabajo, la ley contiene otra referencia en el artículo 7º. En su inicio esta disposición parece bastante similar a la del ya comentado artículo 3º, literal B), porque reitera la

necesidad de que exista un *común acuerdo de partes* y que el mismo debe documentarse por escrito.

Sin embargo, aparece aquí una diferencia importante, porque se establece que las anteriores exigencias corresponden sólo cuando se trate de una "modificación *permanente*", de donde, a *contrario sensu*, se podría colegir que si la modificación fuera *temporal* (o *no permanente*), podría plantearse incluso en ausencia de acuerdo y sin necesidad de que sea documentada por escrito.

En este caso, el carácter temporal de la modificación podría justificar su introducción por el empleador mediante el ejercicio del *jus variandi,* aunque, naturalmente, la licitud del mismo deberá analizarse a la luz de cada situación concreta.

4. Derecho de receso unilateral

El artículo 7º también incorpora otras dos referencias de interés con respecto a las posibilidades de acordar el pasaje de una modalidad de trabajo a otra.

En primer lugar, se establece que, en aquellos casos en que el pasaje a la modalidad del *teletrabajo* se acuerde en el marco de un vínculo laboral en curso y que antes se había iniciado en forma presencial, cualquiera de las partes (trabajador y empleador) *tendrá derecho a retornar a la modalidad presencial dentro de los noventa días de iniciado el teletrabajo, previo aviso a la otra parte con una anticipación no inferior a siete días.*

Entonces, esta situación se produce cuando:

(a) está en desarrollo una relación de trabajo que se inició como *presencial*,

(b) trabajador y empleador acuerdan el pasaje a la modalidad de *teletrabajo* (acuerdo que, según se ha visto, deberá documentarse por escrito).

Cuando se reúnen estos elementos, la ley introduce un periodo de noventa días (que se cuenta desde el momento en que se inicia el teletrabajo) durante el que, cualquiera de las partes, puede unilateralmente decidir el retorno a la modalidad presencial, con la sola condición de cursar a la contraparte un preaviso con una anticipación no inferior a siete días.

De este modo, la norma le adjudica a cada una de las partes (empleador y trabajador) un *derecho de receso unilateral* que, dentro de ese plazo de noventa días, puede ser ejercido en cualquier momento, sin necesidad de expresar una causa para justificarlo y con la única condición de cumplir con un preaviso no inferior a siete días.

Al tratarse de un *derecho*, no podrán derivarse consecuencias negativas para quien lo ejerza en los términos que prevé la ley.

5. Pasaje a la presencialidad cuando el *teletrabajo* es la modalidad original del vínculo

Para finalizar, en el último inciso del artículo 7º se contempla la situación en que el *teletrabajo fue la modalidad originalmente adoptada por las partes*.

En este caso, el pasaje a la modalidad *presencial,* requiere el acuerdo de las partes, que deberá plasmarse por escrito y hacerse constar en la planilla de trabajo.

VIII. Horarios de trabajo, desconexión y descansos

1. Limitación del tiempo de trabajo

El punto de los horarios es uno de los aspectos más delicados y controversiales que trajo consigo la regulación legal del *teletrabajo*. Lamentablemente, la fórmula que a este respecto quedó plasmada en la ley, es extremadamente confusa, bastante deficitaria y deja abiertas múltiples interrogantes de difícil respuesta.

El artículo 8º, bajo el título "*De la jornada legal del teletrabajador*", comienza estableciendo que "*El total del tiempo efectivamente trabajado, no superará el máximo legal de horas semanales de trabajo aplicable a la actividad a la que pertenece la empresa o institución o el límite semanal establecido contractualmente, en su caso; sin perjuicio del derecho al descanso y a la desconexión"*.

La redacción despierta dudas desde su propio inicio, cuando se emplea el término *total* para adjetivar al *tiempo efectivamente trabajado.* No es claro cuál es el sentido que el legislador pretendió darle a esta expresión, pero quizás sea apropiado entenderla como dirigida a dar una idea de un *horario global* que quede asociado al parámetro *semanal* que, al principio, parece haber sido el preferido

por el legislador para establecer un límite al tiempo del *teletrabajo*. Siendo así, el límite que la ley establece para ese *total de tiempo de trabajo efectivo*, queda definido, en este primer inciso, a partir de una referencia exclusivamente *semanal*. Esto parecería estar introduciendo una muy significativa novedad para el Derecho positivo uruguayo, que, desde la más que centenaria ley nº 5.350, de 15 de noviembre de 1915, siempre ha empleado un *doble límite* a tales efectos, uno de ellos semanal y el otro, diario.

De este modo, si se lee sólo este primer inciso, queda la impresión de que para la especial modalidad del *teletrabajo,* la ley habría venido a *derogar* el límite horario *diario* y sólo mantuvo el límite *semanal* que, según se indica, será el que resulte *aplicable a la actividad a la que pertenece la empresa o institución* (es decir, el de 44 o 48 horas, según se trate de comercio o industria) o *el límite semanal establecido contractualmente*, en este último caso, naturalmente, siempre que su duración sea inferior a la que corresponda para la actividad por disposición legal. Sin embargo, como se dirá, apenas unos renglones más abajo, en el mismo artículo se sugiere que al *teletrabajo* también aplica un límite *diario legal* para la jornada, lo que será analizado *infra*.

2. Derecho a la desconexión

Siguiendo el orden del artículo 8º, se advierte que, además del mencionado límite semanal, la ley también incorpora otro factor al esquema de la organización horaria del *teletrabajo*, que consiste en un periodo mínimo de *desconexión*, de ocho horas continuas, entre una jornada y la siguiente. Este tema también aparece referido en el artículo 14, que está dedicado en su totalidad a lo que allí se denomina *derecho a la desconexión*.

Con una redacción notoriamente defectuosa, la norma consagra el derecho de *todo trabajador* a *desconectarse de los dispositivos digitales y del uso de las tecnologías* y *a no ser contactado por su empleador,* lo que se traduce en que no estará obligado a responder comunicaciones, órdenes o requerimientos del empleador, "*a fin de garantizar su tiempo de descanso, en concordancia con lo establecido en el artículo 8º, respecto del descanso mínimo*".

Además de su imperfecta redacción, la norma también es pasible de crítica, primero, porque emplea una técnica que no parece ser la más apropiada, cuando

centraliza la acción en el sujeto del *teletrabajador* para, en relación a éste, decir que *no está obligado a responder comunicaciones, órdenes o requerimientos del empleador*. Es decir: la norma establece que el *teletrabajador* no está obligado a responder, etc., pero no dice que el empleador queda *inhibido* de enviar dichas comunicaciones, órdenes o requerimientos. Si se deseaba garantizar a cabalidad ese *derecho a la desconexión*, seguramente habría sido mucho más idónea esta última fórmula que la empleada en la norma.

En segundo lugar, la norma no establece cuál es la consecuencia que acarrea que el trabajador, a pesar de su derecho a no hacerlo, responda comunicaciones, órdenes o requerimientos del empleador durante ese periodo.

Entonces, como resultado de lo dicho hasta aquí, la limitación de los horarios del *teletrabajador* parece discurrir sobre la base de dos referencias: por un lado, el límite semanal y, por otro, la pausa (*desconexión*) mínima de ocho horas que debe existir entre jornada y jornada.

3. Descansos

A estos dos elementos se agrega un tercero. En efecto, al final del primer inciso del artículo 8º, se indica que la limitación semanal que resulte aplicable, es *sin perjuicio del derecho al descanso y a la desconexión.*

Esa referencia al *derecho al descanso*, debe ser entendida como una vía de entrada para los *descansos intermedios* y para los *descansos semanales* que, por consiguiente, también forman parte de los derechos que les son reconocidos a los *teletrabajadores.*

4. Libertad del teletrabajador para distribuir sus horarios

Si la lectura de la ley se detiene en el punto que hasta aquí ha sido presentado, parecería que los parámetros que deben ser tenidos en cuenta a los efectos de delinear el esquema de la organización horaria del *teletrabajo*, serían los siguientes:

(a) *Límite horario semanal* que resulte aplicable según la actividad de que se trate, sin perjuicio de los acuerdos que sean más favorables al trabajador;

(b) Pausa inter-jornadas (*desconexión*), no inferior a ocho horas continuas;

(c) Derecho al *descanso intermedio* o *intrajornada* y derecho al *descanso semanal.*

Y, a todo esto, se hace necesario destacar que en este esquema de organización horaria -cuya textura resulta extremadamente abierta- la ley todavía le introduce un ingrediente que oficia como catalizador de su *flexibilidad*.

Se trata del enunciado incluido en el tercer inciso del artículo 8º, que le confiere al trabajador la posibilidad de distribuir *libremente su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades*.

Esto, en teoría, se traduce en el reconocimiento al *teletrabajador* de la potestad de gestionar con entera libertad su carga horaria semanal máxima, su descanso entre jornadas y su derecho al descanso intermedio.

Raso-Delgue subraya que, según la ley, el *teletrabajador* tiene libertad para distribuir su jornada *en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades*, lo que consagra "una regla que se aparta del criterio general que confía al acuerdo de partes la determinación del tiempo de trabajo" (Raso-Delgue, 2021). Según el autor, esto significa que "se privilegia la gobernabilidad de los tiempos por parte del trabajador ante la organización de los tiempos de trabajo por determinación de la empresa, lo cual permite concluir que la empresa no podrá sancionar al trabajador, si los "tiempos" de éste no coinciden con los "tiempos" de la empresa" (Raso-Delgue, 2021).

Más allá de la apariencia de libertad que se quiera ver en este enunciado, es probable que su laxitud determine que, en la práctica, ponga en riesgo los límites y derechos que la propia ley declara en materia de horarios, además de que, también, es muy probable que esta imprecisión normativa termine convirtiéndose en fuente de litigiosidad en relación a estos puntos.

Por otra parte, es evidente que esta *libertad para distribuir la jornada,* no existirá para el *teletrabajador* que realice su actividad *en forma interactiva* (*online*) o cuando las propias características de la tarea o de la organización del trabajo, simplemente hagan imposible ejercerla en la práctica.

5. La limitación diaria

Pero si de agregar confusión se trata, el último inciso del artículo 8º trae consigo una serie de referencias que terminan de perfeccionar el galimatías creado por la ley en materia de horarios. Este inciso inicia diciendo que "El exceso de trabajo *diario*, respecto de la *jornada legal* o contractual, no constituirá trabajo extraordinario y por lo tanto no dará lugar al pago de horas extras", agregando a continuación que "Las horas efectivamente trabajadas que superen el límite *legal* o convencional *diario*, se compensarán con horas no trabajadas en otros días de la misma semana", para finalizar disponiendo que "Las horas que superen el máximo de horas semanales de trabajo aplicables a la actividad o las horas semanales convencionalmente pactadas, se abonarán con un 100% de recargo sobre el valor hora de los días hábiles".

Entonces, hay que preguntarse, ¿hay o no hay un límite *diario legal* aplicable al *teletrabajo*? ¿Debe entenderse que la ley nº 19.978 *derogó* para esta modalidad el límite *diario* y sólo mantuvo el límite semanal?

Para esta última pregunta, del inciso primero se sugiere una respuesta afirmativa. Sin embargo, del último inciso del mismo artículo, parece que hay que deducir otra cosa, porque allí, además de que se reconoce la posibilidad de que exista una limitación diaria de fuente *convencional*, también aparece como un sobreentendido que existe una limitación *diaria* de fuente *legal*.

Esta disyuntiva debe resolverse dándole prioridad a la vigencia de la limitación diaria legal de la jornada del teletrabajador. Esto, más allá de la defectuosa técnica legislativa que presenta la norma que aquí se comenta.

A pesar de esto, reitero, resulta de orden concluir que sí rige para el *teletrabajo* la *limitación diaria legal* de la jornada y ello por tres razones principales.

Primero, porque esta es la interpretación que armoniza mejor con el texto del artículo 54 de la Constitución, que reconoce el derecho a la *limitación de la jornada* a *quien se hallare en una relación de trabajo o servicio como obrero o empleado*. Esta también es la lectura que armoniza mejor con la disposición contenida en el artículo 10 de la misma ley nº 19.978, donde se establece la idea de que al teletrabajo son aplicables, por regla general, todos los derechos,

individuales y colectivos, *consagrados por el ordenamiento jurídico vigente, en todo lo que le sea aplicable.*

Segundo, porque el denominado *principio de conservación de los actos jurídicos,* impone a quien se enfrenta a dos posibles lecturas de un acto jurídico cualquiera, que prefiera *aquella que mejor salvaguarde su utilidad, vigencia o supervivencia,* descartando las que conduzcan en otro sentido. Este principio conduce a preferir la interpretación que rescate la vigencia de las normas que establecen y ordenan la limitación de la jornada diaria.

Y, tercero, porque, en todo caso, la duda debe resolverse aplicando la *regla in dubio pro operario*, típica de la disciplina laboral y derivación del principio protector.

Entonces, ¿cuál es el límite horario *diario* que aplica al *teletrabajo*? La respuesta -que no aparece explicitada en la ley nº 19.978, aunque resulta de ella en forma implícita- es que rige para esta modalidad, el mismo límite que, con carácter general, se aplica a los trabajadores de la actividad privada, es decir, el de las ocho horas diarias[5].

6. Exceso del límite diario: compensación de horas

Sin embargo, los dilemas que surgen del artículo 8º de la ley nº 19.978, no terminan aquí. Porque todavía queda por ver cuál es el tratamiento que esta norma le da a las situaciones en que el *teletrabajador* excede ese límite horario diario, legal o convencional. Para este caso, se indica a texto expreso que las horas trabajadas en exceso no calificarán como "*trabajo extraordinario"* y "*no darán lugar al pago de horas extras",* pero, "*se compensarán con horas no trabajadas en otros días de la misma semana*".

Esto supone, entonces, que, a este respecto, la ley de *teletrabajo* se aparta del régimen general que para las horas extras se encuentra regulado por la ley nº 15.996, de 17 de noviembre de 1988. Por lo tanto, en el caso del *teletrabajo,* las

5 Que resulta, fundamentalmente, de la ley nº 5.350, de 15 de noviembre de 1915; decreto-ley nº 14.320, de 17 de diciembre de 1974 y de sus respectivas normas reglamentarias, así como de los convenios internacionales de trabajo nº 1 (sobre las horas de trabajo en la industria, 1919) y 30 (sobre las horas de trabajo en el comercio y oficinas, 1930).

horas que sean cumplidas en exceso de la jornada diaria (legal o convencional), no serán *extras* y deberán ser retribuidas mediante el sistema de la compensación de horas, es decir, mediante horas que se liberan en la misma semana. Sólo las horas que se realicen más allá del límite semanal (es decir, en los términos de la ley: las que "*superen el máximo de horas semanales de trabajo aplicables a la actividad o las horas semanales convencionalmente pactadas*"), serán abonadas "*con un 100% de recargo sobre el valor hora de los días hábiles*" (Pérez del Castillo, Matías; Lasarte, Felipe y Demarco, Cecilia, 2021).

7. Trabajadores híbridos

Entre los diversos dilemas que la ley deja planteados en materia de horarios, se presenta el de aquellos trabajadores que combinan labores presenciales y otras a distancia.

Según fue dicho *supra*, una lectura piedeletrista de las definiciones de los artículos 1º y 4º de la ley, puede conducir a interpretar que alcance con que *una porción cualquiera* de la prestación sea cumplida a distancia, para que todo el vínculo quede calificado como de *teletrabajo.* Si así fuera, toda la relación laboral quedaría regida por las disposiciones de la ley nº 19.978 y, por consiguiente, en materia de horarios, se aplicarían las reglas del *teletrabajo*, tanto a las labores cumplidas a distancia, como a las realizadas en forma presencial.

Esta es, precisamente, la conclusión a la que arriba Gauthier, quien considera que, "superado que sea el límite mínimo para entender que estamos en frente a una modalidad de teletrabajo y por tanto frente a un teletrabajador, dichas características se cumplen, se asumen y se mantienen durante todo el tiempo de trabajo y no solo mientras se desarrolla el trabajo a distancia, razón por la cual habría que concluir que se podrían compensar tanto las horas trabajadas en exceso en la oficina, con horas no laboradas en teletrabajo, como compensar horas trabajadas en exceso en teletrabajo, con horas no trabajadas en la empresa, con la única condición que se trate de horas que se encuentren dentro de la misma semana" (Gauthier, 2021).

Si bien es cierto que, en estricto rigor, la ley no cuantifica cuál es la magnitud, entidad o características de las labores a distancia que resulta suficiente para configurar un vínculo de *teletrabajo*, no parece razonable que una porción

mínima de labores cumplidas *fuera del ámbito físico proporcionado por el empleador, utilizando preponderantemente las tecnologías de la información,* pueda tener la capacidad de atraer a la entera relación laboral hacia el espacio regulatorio de la ley nº 19.978. Esto iría en contra del principio de *primacía de la realidad* y, también, de las reglas, *in dubio pro operario* y *de la norma más favorable*[6].

En relación a este punto, la reglamentación de la ley, todavía pendiente, tiene espacio para generar alguna solución equilibrada y esclarecedora, que podría consistir en, por ejemplo, establecer que la calificación de *teletrabajo* corresponderá cuando efectivamente exista una prevalencia de las labores cumplidas a distancia y mediante la utilización preponderante de TIC y que, para los casos en que esto no acontezca, se reconozca una modalidad *híbrida* (parte trabajo *presencial* y parte *teletrabajo*), que quede regida, en cada espacio de trabajo, por las reglas de uno y otro régimen.

IX. Incorporación de sistemas de registro de asistencia, control y vigilancia

En el artículo 9º, la ley dispone que las partes "*podrán establecer el sistema de registro de asistencia que permita determinar la cantidad de horas trabajadas por el teletrabajador en la semana*".

De la norma, llaman la atención varias cosas. Para empezar, la referencia al *sistema de registro de asistencia,* que tiene una apariencia bastante anacrónica (Gauthier, 2021) si se tiene en cuenta la proliferación de *softwares* que aplican inteligencia artificial para *ultravigilar* y *controlar* a los *teletrabajadores*.

Por otra parte, también resulta extraño que el artículo se haya referido al tema del registro de asistencia sólo a los efectos de *facultar* (*podrán*) a las partes a hacer algo para lo que, en rigor, no necesitaban ninguna habilitación legal (Pérez del Castillo, Matías; Lasarte, Felipe y Demarco, Cecilia, 2021). Con respecto a esto, se puede inteligir que con esta redacción el legislador sólo quiso dejar explicitado que no es obligatorio contar con un sistema de registro de asistencia.

6 Porque el vínculo quedaría enteramente regido por reglas que, en varios aspectos y, en particular, en lo relativo a los horarios, es menos favorable que el régimen general del trabajo presencial.

Sin embargo, para tratar de encontrarle alguna lectura útil a la norma, también es plausible plantear otra interpretación.

En efecto, como se acaba de decir, es bien conocido que en el *teletrabajo* el empleador tiene a disposición *softwares* ultra invasivos de "las esferas más íntimas del trabajador y también de la vida de las personas que con él conviven cuando el teletrabajo se presta desde el domicilio" (Gauthier, 2021). Los bienes jurídicos y derechos que mediante esos recursos informáticos son susceptibles de resultar afectados, son objeto de una especial tutela jurídica y no dejan de aplicarse a falta de la reglamentación respectiva (artículo 332 de la Constitución de la República).

Entonces, sobre estas premisas, es posible entender que cuando la ley nº 19.978 facultó a las partes para "*establecer el sistema de registro de asistencia que permita determinar la cantidad de horas trabajadas por el teletrabajador en la semana*", identificó, concretamente, cuál es el tipo de recurso informático que las partes pueden legítimamente incorporar al vínculo de *teletrabajo* (a saber, un *sistema de registro de asistencia*) y cuál puede ser su aplicación o finalidad (es decir: *determinar la cantidad de horas trabajadas por el teletrabajador en la semana*), con exclusión de otro tipo de *software*s que, por sus características, puedan resultar potencialmente lesivos de, por ejemplo, la privacidad o la intimidad de los *teletrabajadores*.

X. Herramientas, insumos y equipos para el *teletrabajo*

Según el artículo 12 de la ley, también deberá ser objeto de acuerdo entre las partes, *la forma de provisión de las tecnologías de la información necesarias para que el trabajador desarrolle el teletrabajo.*

En defecto de ese acuerdo, el empleador quedará obligado a *proporcionar los equipos, insumos y demás herramientas necesarias para el desarrollo del teletrabajo* y también serán de cargo del empleador *los costos de operación, funcionamiento, reemplazo y mantenimiento de los equipos.*

Con respecto a estos tópicos, seguramente resultará muy conveniente que la reglamentación de la ley le aporte precisión al detalle de los elementos que deberían quedar incluidos dentro de los *equipos, insumos, servicios* y, sobre todo,

las *demás herramientas* que calificarán como *necesarias para el desarrollo del teletrabajo* (Pérez del Castillo, Matías; Lasarte, Felipe y Demarco, Cecilia, 2021).

La ley también dispone que "*Los equipos, insumos y servicios que provea el empleador, ya sea en forma directa o asumiendo su costo para el desarrollo de las tareas asignadas al teletrabajador, no serán considerados a ningún efecto parte del salario, materia gravada ni asignación computable".* Esta referencia puede ser entendida como una forma de facilitar, incentivar o promover que las partes incorporen estos elementos a su relación laboral, aunque también es importante prevenir que se abuse de su utilización.

XI. Seguridad e higiene laboral, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

En el artículo 11, la ley dispone que la modalidad del *teletrabajo* no eximirá al empleador "*de verificar la correcta aplicación de las condiciones de salud y seguridad ocupacional*" y, por esta razón, lo faculta para "*solicitar la intervención de la Inspección General de Trabajo y de la Seguridad Social quien tendrá las facultades de fiscalización que le asigna la legislación vigente. Cuando la actividad laboral se realice en el domicilio del teletrabajador a falta de su consentimiento, la referida dependencia deberá solicitar judicialmente la inspección ocular del lugar".*

Es evidente que, para referir al delicado tema de la *salud y seguridad ocupacional*, la norma utilizó una redacción bastante elíptica, porque, en lugar de, directamente, atribuirle al empleador el deber de garantizarlas, utilizó el rodeo de establecer que este último conserva (dice: *no quedará eximido*) el deber de *verificar* la correcta aplicación de las condiciones correspondientes.

La imprecisión del giro utilizado, genera dudas acerca de quién es, en concreto, el sujeto al que se hace responsable en esta materia.

De todos modos, parece claro que la norma debe ser leída en armonía con el artículo 54 de la Constitución –"La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado (...) la higiene física y moral- y, también, con la normativa de rango infraconstitucional (legal y reglamentario) que le atribuye al empleador el deber de garantizar la seguridad en el lugar de trabajo.

Sin embargo, no puede soslayarse la característica, definitoria del *teletrabajo*, de que la prestación es cumplida fuera del espacio físico proveído por el empleador (Pérez del Castillo, Matías; Lasarte, Felipe y Demarco, Cecilia, 2021). Este factor, puede servir para explicar que el legislador no haya sido más directo o frontal a la hora de atribuir responsabilidades al patrono.

Por un lado, queda claro que el empleador no podrá desentenderse de estos asuntos y -como establece a texto expreso la ley- permanecerá gravado por ese deber de verificar que las condiciones correspondientes sean cumplidas en el lugar en que se desarrolla el *teletrabajo*. Pero, por otro lado, también habrá que considerar que el contexto físico en que se desarrolla la prestación de trabajo, justifica que se produzca un reforzamiento de los deberes de diligencia y colaboración que en la materia también recaen sobre el trabajador.

En el caso del empleador, para que pueda cumplir con su deber de verificar las condiciones en que se desarrolla la prestación, la ley lo faculta a acudir a la Inspección General de Trabajo y la Seguridad Social para que realice inspecciones en el lugar desde el que es cumplida la tarea y, cuando dicho lugar sea el domicilio del propio trabajador y éste no autorice el ingreso, se prevé que la Inspección gestionará judicialmente la autorización para poder cumplir con su cometido.

El inciso segundo del mismo artículo 11, atribuye al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el cometido de determinar por vía reglamentaria "las condiciones de trabajo en materia de seguridad, ergonomía y salud ocupacional aplicables a la modalidad de teletrabajo regulada por la presente ley". En esta materia, seguramente será un insumo relevante el contenido de la "ficha técnica de prevención" que en diciembre de 2020 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social adoptó para el teletrabajo y el trabajo a distancia. Como destaca López Viana, en ese documento se establece que el teletrabajador debe tener el mismo nivel de protección que cualquier otro trabajador presencial de la empresa y establece una serie de lineamientos en materia de seguridad, higiene y ergonomía (López Viana, 2021).

Por su parte, el artículo 13 de la ley, hace aplicables "a los teletrabajadores regulados por la presente ley, todas las disposiciones contenidas en la Ley Nº 16.074, de 10 de agosto de 1989".

Con esta referencia se abren múltiples y muy complejos dilemas, sin perjuicio de lo cual, el precepto es claro y directo en cuanto a que todo accidente que se produzca en ocasión o a causa del *teletrabajo* configurará un accidente de trabajo y así tendrá que ser abordado.

Con respecto a las enfermedades profesionales, la ley nº 16.074 las define como las que resultan causadas "…por agentes físicos, químicos o biológicos, utilizados o manipulados durante la actividad laboral o que estén presentes en el lugar de trabajo" (artículo 38).

De dicha norma (y, asimismo, del artículo 39 de la misma ley) se infiere que el elemento que habrá de habilitar que una determinada enfermedad pueda ser calificada como profesional es que "haya tenido su origen en los trabajos que entrañan el riesgo respectivo" (Vázquez Pepe, 2021). En tal sentido, se ha señalado que no es necesario que exista contemporaneidad entre el trabajo cumplido y la enfermedad que se contrae y que "...puede ocurrir que la enfermedad se manifieste tiempo después de abandonar la realización de la tarea que provocaba el riesgo respectivo" (Vázquez Pepe, 2021).

Ahora bien, la complejidad inherente a las pesquisas y conclusiones sobre el origen de las patologías, hace que se produzcan situaciones en las que falta certeza en cuanto a su exacta etiología. Para superar la inevitable incertidumbre que esto puede provocar, el Derecho emplea el mecanismo de confeccionar listados en los que se identifican, a texto expreso, cuáles son las dolencias que se califican, o serán consideradas como enfermedades profesionales. En Uruguay tal es el caso del listado anexo al decreto nº 210/011, aunque corresponde aclarar que la que en dicha norma se consagra, no es una enumeración taxativa, pues, según el artículo 41 de la ley nº 16.074, no queda excluida la posibilidad de que "el trabajador o en su caso el patrono" puedan "acreditar ante el Banco de Seguros del Estado el carácter profesional de alguna enfermedad que no estuviera aceptada como tal, estando a la resolución que al respecto adopte dicho organismo" (Vázquez Pepe, 2021).

XII. Aplicación en el tiempo

La ley nº 19.978 fue promulgada el 20 de agosto de 2021 y publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2021. Por consiguiente, según la regla general

que consagra el artículo 1º del Código Civil, la norma entró en vigencia el 9 de setiembre de 2021, cuando se cumplieron los diez días siguientes al de su publicación en el Diario Oficial.

Las disposiciones de la ley se aplican con efecto inmediato, es decir, incluso a las relaciones de trabajo que se encuentran en curso de desarrollo. Sin embargo, en el artículo 15, la ley nº 19.978 establece un periodo de seis meses a los efectos de que los empleadores cuyos trabajadores ya prestan *teletrabajo*, se ajusten a las disposiciones de la ley.

XIII. Referencias

Gauthier, Gustavo (2021). "Ley de promoción y regulación del teletrabajo". *Revista Derecho del Trabajo*(33), 7.

IMPO, (13 de marzo de 2020). *IMPO*. Obtenido de https://www.impo.com.uy/bases/decretos/93-2020

IMPO, (16 de marzo de 2020). *IMPO*. Obtenido de https://www.impo.com.uy/bases/decretos/94-20

López Viana, Ignacio (2021). "Uruguay aprueba ley de teletrabajo". *Revista Derecho del Trabajo*(33), 70.

Pérez del Castillo, Matías; Lasarte, Felipe y Demarco, Cecilia. (2021). *Teletrabajo en Uruguay. Análisis de la Ley Nº 19.978.* Montevideo: FCU.

Raso-Delgue, Juan (2021). "El factor 'tiempo' en la ley de teletrabajo". *Revista Derecho del Trabajo*(33), 29.

Rodríguez Azcúe, Álvaro (2020) "Respuestas sociolaborales al COVID-19". *Revista Derecho del Trabajo* (28), 69 y ss.

Vázquez Pepe, Rodrigo (2021). "Enfermedad profesional". *Revista Derecho del Trabajo*(21), 169 y ss.

Publicado: Diciembre 2021
Lima-Perú