CONCURSO DE TEXTOS PUCP

LECCIONES DE DERECHO DEL TRABAJO

GUILLERMO BOZA PRO

ET LUX IN TENEBRIS LUCET MCMXVII
FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Fondo Editorial PUCP

LECCIONES DE DERECHO DEL TRABAJO

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

Guillermo Boza Pro

LECCIONES DE DERECHO DEL TRABAJO

Fondo Editorial PUCP

FONDO EDITORIAL
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Lecciones de derecho del trabajo
Guillermo Boza Pro

© Guillermo Boza Pro, 2011

De esta edición:
© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: febrero de 2011
Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Este libro resultó ganador del Primer Concurso de Textos Universitarios PUCP

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2011-03292
ISBN: 978-9972-42-955-2
Registro del Proyecto Editorial: 31501361100935

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Fondo Editorial PUCP

Índice

Presentación 13

Capítulo 1. Surgimiento y evolución del derecho del trabajo 15

1.1 Introducción 16

1.2 El trabajo asalariado en la historia 17
1.2.1 El contrato de arrendamiento de servicios 17
1.2.2 El trabajo asalariado en las primeras manifestaciones del corporativismo 18

1.3 Capitalismo y surgimiento del derecho del trabajo 21

1.4 Evolución (etapas) del derecho del trabajo 23
1.4.1 Etapa de la prohibición 23
1.4.2 Etapa de la tolerancia 24
1.4.3 Etapa del reconocimiento 24

1.5 Consolidación del derecho del trabajo: constitucionalización e internacionalización 25
1.5.1 La constitucionalización de los derechos laborales 25
1.5.2 Internacionalización del derecho del trabajo 26
1.6 Crisis y flexibilización del derecho del trabajo 28

1.7 La declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo 30

1.8 La evolución del derecho del trabajo en el Perú 32
1.8.1 La formación de una legislación laboral en el Perú republicano 33
1.8.2 Entre la protección, el intervencionismo, la flexibilidad y la desregulación 35

1.9 Conclusión 36

1.10 Bibliografía citada 37

Fondo Editorial PUCP

Capítulo 2. Ámbito de aplicación del derecho del trabajo (sujeto individual) 39

2.1 Consideraciones generales 40

2.2 Los elementos esenciales del contrato de trabajo 42
2.2.1 Prestación personal de servicios 44
2.2.3 Remuneración 45
2.2.4 Subordinación 45

2.3 Los elementos típicos (tradicionales) del contrato de trabajo 46

2.4 Diferencias del contrato de trabajo con otras figuras contractuales, en particular con la locación de servicios 51

2.5 Aplicación del principio de primacía de la realidad 52

2.6 Labores excluidas del ámbito de protección del derecho del trabajo (deslaboralización de las relaciones de trabajo) 54

2.7 Subcontratación e intermediación laboral 57
2.7.1 Clases de subcontratación: de mano de obra y de producción de servicios 57
2.7.2 Supuestos de procedencia de la intermediación 60
2.7.3 Infracción de los supuestos de intermediación laboral 62
2.7.4 Mecanismos que garantizan el cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores destacados 62
2.7.5 La subcontratación de producción de bienes y servicios (tercerización) 63

2.8 Selección de jurisprudencia 64

2.9 Bibliografía citada 65

Capítulo 3. Surgimiento y evolución del derecho del trabajo
Ámbito de aplicación del derecho del trabajo (II) 67

3.1 La autonomía colectiva como principio rector del sistema de relaciones laborales 68

3.2 Derecho de libertad sindical 69
3.2.1 Consideraciones generales 69
3.2.2 El contenido esencial del derecho del libertad sindical 70
3.2.3 Derecho de constitución y afiliación 74
3.2.4 Protección de la libertad sindical 75
3.2.5 Facilidades sindicales 77

3.3 Derecho de negociación colectiva 78
3.3.1 Capacidad y legitimación para negociar 79
3.3.2 Derecho de información 81
3.3.3 Recepción del pliego de reclamos e inicio de la negociación 81
3.3.4 Fracaso de la negociación directa: ¿arbitraje voluntario o arbitraje unilateral en la LRCT? 83

Fondo Editorial PUCP

3.4 Derecho de huelga 84
3.4.1 Derecho humano de aplicación inmediata 84
3.4.2 Concepto y modalidades de huelga 85
3.4.3 Titularidad y ejercicio del derecho de huelga 88
3.4.4 Huelga y derechos de terceros 90

3.5 Selección de jurisprudencia 96

3.6 Bibliografía citada 97

Capítulo 4. Fuentes del derecho del trabajo (I) 99

4.1 Introducción 100

4.2 Sistema de fuentes del Derecho. Nociones fundamentales 100
4.2.1 Concepto de fuente del Derecho 100
4.2.2 Estructura del sistema de fuentes del Derecho 103

4.3 Fuentes de origen estatal 105
4.3.1 La Constitución 105
4.3.2 La ley 108
4.3.3 Decreto legislativo y decreto de urgencia 109
4.3.4 El reglamento 110
4.3.5 Otras normas estatales 110

4.4 Normas de origen internacional. Los tratados 111
4.4.1 Incorporación y jerarquía 111
4.4.2 Regulación de derechos laborales en la normativa internacional 113

4.5 Bibliografía citada 114

Capítulo 5. Fuentes del derecho del trabajo (II) 115

5.1 El convenio colectivo de trabajo 116
5.1.1 Concepto y naturaleza jurídica del convenio colectivo 116
5.1.2 Contenido del convenio colectivo 117
5.1.3 Eficacia (*erga omnes* o limitada) del convenio colectivo 127

5.2 La facultad normativa del empleador 128
5.2.1 Consideraciones generales. Libertad de empresa y poder de dirección empresarial 128
5.2.2 El reglamento interno de trabajo 131

5.3 La costumbre 133

5.4 La sentencia 134
5.4.1 Sentencia (común) 134
5.4.2 Doctrina jurisprudencial. Los acuerdos adoptados en un pleno casatorio 135

Fondo Editorial PUCP

5.4.3 Sentencia normativa 136
5.4.4 Sentencia anulatoria 137

5.5 El contrato de trabajo 137

5.6 Selección de jurisprudencia 138

5.7 Bibliografía citada 139

Capítulo 6. Los principios del derecho del trabajo (I) 141

6.1 La función de los principios del derecho del trabajo 142

6.2 La recepción normativa de los principios del derecho del trabajo en el ordenamiento peruano 142

6.3 El principio protector y los sujetos especialmente protegidos 144
6.3.1 El principio protector 144
6.3.2 Los sujetos especialmente protegidos 145

6.4 La madre trabajadora 146
6.4.1 La normativa internacional 147
6.4.2 Normativa interna 148
6.4.3 Reflexión final sobre los alcances de la protección de madre trabajadora. Hacia los derechos parentales 151

6.5 El trabajador menor de edad 154

6.6 El trabajador discapacitado 159

6.7 Selección de jurisprudencia 164

6.8 Bibliografía citada 165

Capítulo 7. Los principios del derecho del trabajo (II) 167

7.1 Los principios de igualdad y no discriminación 168
7.1.1 Principio de igualdad en las relaciones laborales 168
7.1.2 Principio de no discriminación 168
7.1.3 La igualdad (sustancial) de oportunidades 174

7.2 El principio de irrenunciabilidad de derechos 175
7.2.1 Delimitación conceptual del principio y efectos del acto de renuncia 175
7.2.2 Ámbito material 177
7.2.3 Ámbito subjetivo 179
7.2.4 Ámbito temporal 180

7.3 El principio de *indubio pro operario* 181
7.3.1 El *indubio pro operario* y los métodos tradicionales de interpretación 181
7.3.2 Ámbitos objetivo y subjetivo del *indubio pro operario* 182

Fondo Editorial PUCP

7.4 **Selección de jurisprudencia** 184

7.5 **Bibliografía citada** 186

Capitulo 8. Los principios del derecho del trabajo (III) 189

8.1 **La norma más favorable y la condición más beneficiosa: principios aplicativos** 190

8.2 **Principio de la norma más favorable** 190
8.2.1 Concurrencia conflictiva y principio de la norma más favorable 190
8.2.2 Requisitos o límites para la actuación del principio 191

8.3 **Principio de la condición más beneficiosa** 195
8.3.1 Sucesión y principio de la condición más beneficiosa 195
8.3.2 Condiciones de origen contractual 196
8.3.3 Condiciones de origen normativo 197
8.3.4 Cambio de sujeción normativa 199
8.3.5 Aplicación del principio 199

8.4 **Selección de jurisprudencia** 200

8.5 **Bibliografía citada** 200

Capítulo 9. Vigencia de las fuentes de la relación laboral en el espacio y en el tiempo 201

9.1 **Vigencia de las fuentes de la relación laboral en el espacio** 202
9.1.1 Consideraciones generales. La relación de trabajo internacional 202
9.1.2 La relación de trabajo prestada en varios países 203
9.1.3 La relación de trabajo desarrollada en sedes diplomáticas 206

9.2 **Vigencia de las fuentes de la relación laboral en el tiempo** 207
9.2.1 Teoría de los derechos adquiridos 208
9.2.2 Teoría de los hechos cumplidos 208

9.3 **Jurisprudencia seleccionada** 209

9.4 **Bibliografía citada** 210

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

Presentación

El derecho del trabajo es un área compuesta por normas y principios que se aplican al trabajo subordinado. Inicialmente, la prestación de servicios dependientes estuvo regida por el Derecho común, sin embargo, los valores de libertad e igualdad formales que lo inspiran desde fines del siglo XVIII condujeron en la práctica a una situación de explotación y miseria de los trabajadores. Por ello, fue necesario sustraer del derecho común la regulación del trabajo subordinado y construir un área que compensara la disparidad económica entre empleador y trabajador a través de la creación de un ordenamiento protector del contratante débil.

El plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) contiene dos asignaturas obligatorias en el área laboral: Derecho Laboral General y Derecho Laboral Especial. La finalidad de estos dos cursos es brindar al alumno una formación básica pero completa en esta singular disciplina del Derecho. La asignatura de Derecho Laboral General trata sobre la teoría general de esta rama jurídica y la segunda se ocupa de las principales instituciones del Derecho Individual del Trabajo, es decir, los derechos y obligaciones que le corresponden a cada uno de los sujetos del contrato de trabajo.

La presente obra tiene el propósito de servir como un manual o texto de enseñanza de la asignatura de Derecho Laboral General, abordándose el estudio de cinco aspectos claves (divididos en nueve temas) de esta disciplina: surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo; ámbito de aplicación del derecho del trabajo: sujeto laboral individual y sujeto colectivo; fuentes del derecho del trabajo; relaciones entre normas y actuación de los principios del derecho del trabajo; y vigencia de las fuentes de la relación laboral en el tiempo y en el espacio. En ese sentido, el estudio de los temas presentados permitirá que las y los estudiantes de Derecho estén en capacidad de manejar las bases teórico-conceptuales de las instituciones antes señaladas y que valoren la importancia que tienen las mismas en el campo de las relaciones laborales.

Fondo Editorial PUCP

Estas *Lecciones de derecho del trabajo* pretenden ser un aporte para alcanzar dicho fin. Se hace un desarrollo básico de todos los temas de la asignatura, los cuales podrán complementarse con la lectura de la bibliografía y jurisprudencias seleccionadas para cada tema y que se encuentran señaladas al final de cada capítulo. Para una mejor comprensión al incio de cada capítulo hay una reseña del mismo, donde se precisan también los objetivos del capítulo y se presentan palabras clave para orientar su lectura.

Antes de concluir estas líneas introductorias quiero dejar expresa constancia de mi profundo agradecimiento a Ernesto Aguinaga Meza, Eliana Caro Paccini, Luis Mendoza Legoas, Claudia Cermeño Durand y Willman Meléndez Trigoso, por brindarme su amistad y por el invalorable apoyo que me han otorgado en distintos momentos en el dictado de la asignatura de Derecho Laboral General. Con ellos y ellas hemos discutido muchos de los temas que se analizan en el presente texto y he estado siempre atento a las oportunas y certeras opiniones que, sobre el particular, me han dado. Todos y todas son parte, de alguna manera, del esfuerzo que ha supuesto poner en blanco y negro las lecciones impartidas en la Facultad de Derecho de la PUCP, aunque la responsabilidad por lo que aquí se señala es solo mía.

Pando, febrero de 2011

Fondo Editorial PUCP

Capítulo 1
Surgimiento y evolución del derecho del trabajo

Sumario: 1.1. Introducción.- 1.2. El trabajo asalariado en la historia. 1.2.1 El contrato de arrendamiento de servicios. 1.2.2 El trabajo asalariado en las primeras manifestaciones del corporativismo.- 1.3. Capitalismo y surgimiento del derecho del trabajo.- 1.4. Evolución (etapas) del derecho del trabajo. 1.4.1 Etapa de la prohibición. 1.4.2 Etapa de la tolerancia. 1.4.3 Etapa del reconocimiento.- 1.5. Consolidación del derecho del trabajo: constitucionalización e internacionalización. 1.5.1 La constitucionalización de los derechos laborales. 1.5.2 Internacionalización del derecho del trabajo.- 1.6 Crisis y flexibilización del derecho del trabajo.- 1.7. La declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.- 1.8. La evolución del derecho del trabajo en el Perú. 1.8.1. La formación de una legislación laboral en el Perú republicano. 1.8.2 Entre la protección, el intervencionismo, la flexibilidad y la desregulación.- 1.9. Conclusiones.- 1.10. Bibliografía citada.

Reseña: en este primer capítulo abordaremos las causas que permitieron el surgimiento y posterior consolidación del derecho del trabajo, partiendo desde sus antecedentes históricos y procesos formativos hasta llegar a la situación actual de esta disciplina jurídica. Asimismo, haremos referencia a la situación del derecho del trabajo en el Perú.

Objetivos: el estudiante se aproximará a las diversas etapas históricas en las que se formó el derecho del trabajo y así tendrá una mejor comprensión de las instituciones del derecho del trabajo que se estudiarán en los siguientes capítulos.

Palabras clave: trabajo asalariado; subordinación; empresa; empleador; capitalismo industrial; liberalismo; contrato de trabajo; relación laboral; organización sindical; legislación laboral; constitucionalización de los derechos laborales; Organización Internacional del Trabajo (OIT); flexibilización laboral; principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Fondo Editorial PUCP

1.1 Introducción

El derecho del trabajo constituye la respuesta jurídica que el Derecho brinda a un fenómeno social relevante: una relación jurídico-económica de carácter contractual entre dos sujetos. De un lado, el «trabajador», que pone su fuerza de trabajo a disposición de otro y, de otro, el «empleador», que se beneficia de dicha fuerza de trabajo. Ahora bien, es necesario precisar de entrada que no todo trabajo o actividad se encuentra dentro del ámbito de aplicación del derecho del trabajo. Solo aquel que reúna determinadas características quedará dentro de su ámbito de aplicación —y protección—.

Según una consolidada doctrina científica, dichas características son las siguientes:

- trabajo humano, sea manual o intelectual;
- productivo, porque a través del trabajo se proveen los medios materiales o bienes económicos para la subsistencia;
- prestado por cuenta ajena, en tanto los frutos del trabajo son atribuidos inicial y directamente a otra persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo;
- en forma libre, por oposición al trabajo forzoso, donde los frutos del trabajo son atribuidos a otro en forma voluntaria; y,
- subordinado, con sujeción a las indicaciones u órdenes del sujeto para quien se realiza el trabajo[1].

Sin perjuicio de la validez de dicha categorización, en el repaso histórico que haremos preferiremos delimitarla para evitar remontar este estudio introductorio sobre el surgimiento y evolución del derecho del trabajo hasta las primeras civilizaciones de la antigüedad, de donde se conocen manifestaciones del trabajo como actividad creadora del artificio humano. Es por eso que centraremos nuestra atención en el trabajo asalariado, que es el prestado por cuenta ajena y en forma subordinada, a cambio de una retribución económica. En estricto, este es el tipo de trabajo cuya evolución devino en el tipo de trabajo que hoy es objeto de la atención del derecho del trabajo.

Esta rama del Derecho nació solo a partir de determinado momento en el que confluyeron un conjunto de factores socioeconómicos, políticos y jurídicos que provocaron el surgimiento y consolidación del derecho del trabajo como una disciplina autónoma y diferenciada del derecho común, que hasta entonces se atribuía la regulación de la prestación subordinada de servicios. Precisamente, en esta primera parte abordaremos las causas que originaron la aparición del derecho del trabajo hasta llegar a su situación actual.

[1] En la doctrina extranjera véase por todos: Alonso y Casas (2008: 66 y ss.). En la doctrina nacional puede consultarse en Neves (2009: 17 y ss.).

Fondo Editorial PUCP

1.2 El trabajo asalariado en la historia

1.2.1 El contrato de arrendamiento de servicios

Al parecer, antes de Roma la noción de relación de trabajo para el mundo occidental estaba sumida dentro del vínculo personal de dependencia entre el prestador del servicio y el objeto (Supiot 1996: 21). Este concepto de trabajo está íntimamente relacionado al trabajo esclavo, por el cual el sujeto que realizaba la actividad tenía exactamente la misma condición jurídica correspondiente a un objeto, del cual su dueño era propietario. Dicha forma de aprovechamiento del trabajo humano era la más común en las civilizaciones de la antigüedad, constituyéndose como el principal motor de sus economías.

Es en la antigua Roma donde pueden señalarse las primeras nociones del trabajo por cuenta ajena libre y retribuido. Los juristas romanos empezaron a crear nuevas formas contractuales, siempre desde la lógica del derecho común, por las cuales se regulaban las nuevas formas de prestación de los servicios que empezaron a surgir en la sociedad romana. De acuerdo con diversas fuentes históricas, entre los siglos VI y V a. C. la población de Roma experimentó un crecimiento que hizo insuficiente la mano de obra esclava disponible. Sanguineti (1996: 2) ha puesto en relieve el problema social resultante: los hombres libres de condición económica precaria —romanos sin propiedades o esclavos que habían ganado su libertad— «arrendaban» sus servicios a cambio de dinero. Este hecho fue precisamente al que los juristas romanos intentaron dar respuesta, ya que las condiciones bajo las que los hombres libres prestaban sus servicios no podían recibir el mismo tratamiento jurídico que el trabajo de los esclavos. A diferencia de estos, aquellos tenían un vínculo jurídico libremente asumido con quienes contrataban sus servicios, pues se les consideraba ciudadanos de la República.

Así surgió un tratamiento jurídico propio del trabajo prestado por los hombres libres, conceptualmente distinto del trabajo esclavo. Para aquellos casos en los que el contratante buscaba el aprovechamiento de la actividad misma del deudor (*operae*), el Derecho romano diseñó el contrato denominado *locatio conductio operarum*, por el cual el locador estaba obligado a obedecer al conductor. Es importante notar que bajo esta relación contractual al acreedor de la actividad se le denominase «conductor» y el deudor del trabajo se obligaba a poner su fuerza de trabajo bajo la disposición de aquel, debiéndole obediencia. Este contrato era utilizado en aquellos casos en los que el interés del contratante se centraba en la propia actividad del que prestaba su trabajo, siendo característico su empleo en aquellos casos donde se requería del trabajo de personal que diera uso económico al terreno de los propietarios de las clases acomodadas romanas.

Fondo Editorial PUCP

Posteriormente se tipificó un contrato distinto, el *locatio conductio operis*, cuyo objeto era el aprovechamiento de una obra de tipo artesanal (*opus*), que era realizada por el arrendador con completa libertad, con la única guía de sus propios conocimientos. Los ejemplos de este tipo de actividad serían aquellos trabajos que implican un resultado concreto (la obra), como la del artesano que es requerido para producir muebles, la del herrero al que se le pide la producción de un número determinado de armas; etcétera.

Nótese que en este momento histórico ya hacemos referencia a un tipo de trabajo particular: el que es prestado por los hombres libres, caracterizado por dos aspectos centrales: la ajenidad del resultado del trabajo y la retribución por el servicio prestado. Con algunas pocas variantes, durante el Medioevo se mantuvieron las formas de trabajo ya conocidas por los romanos: el trabajo esclavo, así como las nuevas y excepcionales formas de trabajo libre —*locatio conductio operarum,* que pasó a denominarse «arrendamiento de servicios» y *locatio conductio operis*, que cambió su nombre al de «arrendamiento de obra»—. Ambas categorías contractuales serían recogidas en el Código Civil francés de 1804.

La regulación de la contratación de trabajo asalariado no sufrió innovaciones relevantes desde la caída del Imperio romano hasta la Baja Edad Media, alrededor del siglo XIII. Hacia el final de aquella transición la forma de organización política predominante en los países de Europa Occidental era el feudalismo, en la cual existían complejas relaciones personales entre el señor feudal y sus siervos, también denominados siervos de la gleba, quienes eran reconocidos como sujetos de derecho, pero tenían un estatus que precisamente les obligaba a trabajar la tierra que era propiedad de su señor feudal a cambio de protección (Alonso y Casas 2008: 71). El trabajo prestado bajo el régimen de servidumbre se prestaba en condiciones de sumisión absoluta: estaban prohibidos de disponer de su actividad o de abandonar la tierra donde trabajaban, y su servidumbre era adquirida por herencia, es decir, pasaba de padres a hijos. Por estas razones, desde una perspectiva contemporánea hoy resulta complicado establecer diferencias sustanciales entre las condiciones bajo las que los siervos prestaban sus servicios y las que caracterizaban al trabajo esclavo.

1.2.2 El trabajo asalariado en las primeras manifestaciones del corporativismo

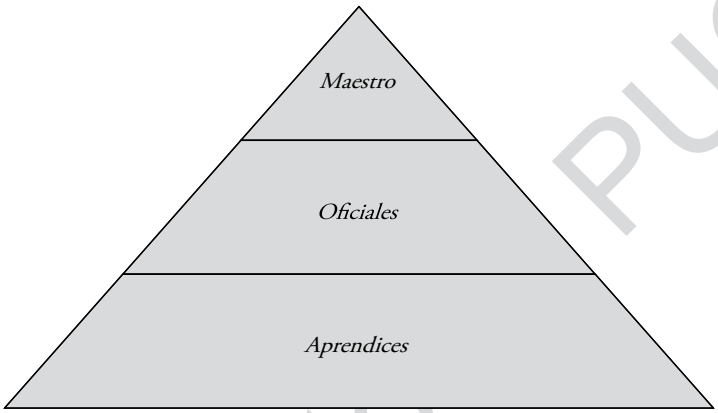
A medida que el feudalismo iba desapareciendo y vieron la luz las primeras grandes ciudades, la sociedad europea sufrió transformaciones importantes: crecieron los mercados regionales y se intensificó el intercambio comercial, en un progresivo desarrollo económico que se irradiaba desde las ciudades hasta el campo. Consecuentemente, el trabajo asalariado también fue evolucionando, adaptándose al contexto cambiante. Así, la población rural europea empezó a migrar a las urbes nacientes,

Fondo Editorial PUCP

donde su fuerza de trabajo era requerida en las unidades productivas del momento: los talleres artesanos[2].

La estructura jerárquica de estas primeras organizaciones corporativistas de las ciudades puede graficarse de la siguiente manera:

Imagen 1
La organización jerárquica del taller artesanal del siglo XVII



Fuente: Ashton (2006: 130-137). Elaboración propia.

Como puede observarse, el titular del emprendimiento era el «maestro», quien se encargaba de organizar, dirigir y perfeccionar el trabajo de los asalariados, que eran denominados «oficiales». Era el maestro la parte visible del taller, quien daba prestigio al emprendimiento entre los ciudadanos. Las relaciones económicas establecidas entre el taller y los contratantes de sus productos eran gestionadas por él y por ende el rendimiento económico le pertenecía en forma originaria.

A los oficiales les correspondía una retribución económica por el trabajo prestado para el maestro, pagándose preferentemente en metálico, dada la creciente importancia que tomaba el intercambio por este medio en los mercados regionales. En la estructura jerárquica del taller la prestación de los oficiales se hallaba sujeta a la dirección del maestro, por lo que su prestación puede calificarse como una forma pionera de trabajo asalariado.

[2] Romagnoli describe a los talleres artesanos como «corporaciones de oficio [que] tienen el monopolio legal y lo gestionan, asumiendo la regulación de la relación laboral y la jurisdicción acerca de los conflictos que pueden derivar». Además, escribe «sustentan los valores de las poblaciones artesano-campesinas: el respeto a la autoridad, la disciplina y la solidaridad de grupo» (1996: 38).

Fondo Editorial PUCP

Por último, dentro del taller se encontraban también los aprendices, jóvenes que se formaban para ejercer una profesión y cuyo interés era participar de la fama del taller, siendo dirigidos por los oficiales en la realización de los trabajos asignados.

En la lógica del taller el aprendiz aspiraba a permanecer dentro de este al término de su etapa de aprendizaje. En ese caso pasaba a formar parte del cuerpo de oficiales. Igualmente, entre los oficiales era común la aspiración de fundar su propio taller, como medio para lograr mejorar su propio estándar de vida. Este proceso se coronaba con lo que ha venido a llamarse la «obra maestra», producto del esfuerzo del que se convertía en maestro y prueba de la destreza adquirida en el desarrollo de una actividad específica. Dentro de aquel mercado de trabajo la competencia entre los talleres antiguos y los nuevos fue aumentando, por lo que surgió la necesidad de establecer barreras a los nuevos emprendimientos. Los maestros se organizaron con el objetivo de monopolizar los mercados, prohibiendo que se realice la actividad en la que se especializaban fuera de ellos y atribuyéndose la facultad de autorizar la conformación de los nuevos talleres. De esta manera se gestan los primeros gremios como organizaciones que reunían a los maestros de los talleres especializados: habían gremios de carpinteros, de herreros, de panaderos, en fin, de cualquier actividad que fuera necesaria dentro de la ciudad.

En este contexto es que los oficiales empiezan también a conformar sus propias organizaciones —podría considerárseles como proto sindicatos—, mediante las cuales buscaban establecer mejores condiciones de trabajo dentro de los talleres, mediante la negociación y eventualmente con la adopción de medidas de fuerza.

La importancia de detenernos en esta época radica en que por vez primera la organización productiva del trabajo asalariado permite develar instituciones típicamente laborales: un trabajador, una empresa, un empleador y hasta las primeras organizaciones de trabajadores y empleadores[3]. Como advierte Sanguineti, este es un momento en el que «se produce un incipiente florecimiento de formas libres de trabajo por cuenta ajena, asociadas al desarrollo de una embrionaria economía de mercado» (1996: 3).

[3] En efecto, actualmente existe una autorizada doctrina que cuestiona que el contrato de trabajo haya evolucionado del contrato de arrendamiento de servicios, proponiendo en cambio que el origen del derecho del trabajo se remonta a épocas más recientes. A decir de Ojeda: «el contrato de trabajo es ante todo y sobre todo un contrato industrial, en el sentido de nacido en las fábricas urbanas del siglo XIX y principios del XX» (2008: 88).

Fondo Editorial PUCP

1.3 Capitalismo y surgimiento del derecho del trabajo

Luego de haber repasado la evolución del trabajo asalariado en la historia de occidente corresponde ver cómo es que se produce el surgimiento del derecho del trabajo como disciplina jurídica autónoma. Esta irrupción histórica empieza a gestarse por la conjunción, a fines del siglo XVIII —e incluso antes—, de diversos elementos aparecidos con la denominada doble revolución (Hobsbawm 2001: 7-12): la francesa de 1879, de naturaleza política (con los postulados de libertad, igualdad y propiedad), y la revolución industrial inglesa.

Siempre en el contexto europeo, la transición hacia el capitalismo industrial fue un proceso que tuvo diversas velocidades en cada nación. Sin embargo, Romagnoli nos presenta los rasgos comunes de su aparición:

> […] en todas partes, dicha historia [la del capitalismo industrial] cobra inicio cuando el mercader deja de ser un "artesano que se dedica al oficio del transporte" de productos que coloca en el mercado y empieza a insinuarse la autogestión de los productores. En segundo lugar, cuando el Derecho de las corporaciones artesanas sucumbe al imperialismo del Derecho de las corporaciones mercantiles que, después de adquirir sólidamente el dominio de las relaciones comerciales, desemboca en el campo de las relaciones de producción. En tercer lugar, […] la separación del productor de la propiedad de las materias primas y de los medios de producción. (Romagnoli 1996: 42-43)

Las sociedades conocieron nuevos sistemas de producción en los que el desarrollo de innovaciones técnicas alimentó el crecimiento de la productividad y, a su vez, redujeron los costos de producción. Al mismo tiempo, la explotación del trabajo asalariado se produce dentro de grandes unidades productivas, que son controladas por los dueños del capital[4]. Con la progresiva industrialización de la producción la organización del trabajo se divide y jerarquiza, perdiendo el trabajador el control del proceso productivo que mantenía desde el taller artesanal. A cambio, el trabajador se especializa para convertirse en un elemento funcional dentro de una realidad productiva, que se caracteriza por ser masiva y encadenada.

[4] De acuerdo con Ashton, hubo varias razones que indujeron a los empresarios a reunir a los trabajadores en un solo lugar. Entre ellas, por ejemplo, las tecnológicas, debido a que existían mayores dificultades organizacionales para producir en pequeña escala, o la utilización de fuerza motriz producida por varios trabajadores; y las económicas, como mayor facilidad para vigilar que no se produzca sustracción de la materia prima. Así, el autor concluye que «no hubo ningún deseo por parte de los obreros para congregarse en grandes esparcimientos» (2006: 130).

Fondo Editorial PUCP

Para comprender el marco histórico que propició la irrupción del derecho del trabajo, debe tenerse en cuenta que la ideología imperante en aquel entonces —el liberalismo de los siglos XVIII y XIX— postulaba que solo las leyes naturales del mercado debían regular las relaciones entre los individuos, debiendo el Estado abstenerse de regular las relaciones económicas. El capitalismo salvaje resultante propició un orden económico y social injusto que significó, en el campo laboral, el predominio absoluto de la posición empresarial frente a la clase trabajadora. Las condiciones de trabajo y de vida que este régimen supuso tiene ejemplos muy conocidos: bajos salarios, largas y agotadoras jornadas de trabajo, precarias condiciones de seguridad e higiene, alta mortandad de la mano de obra, en particular de los niños y mujeres[5]. Esto propició la reacción organizada de los trabajadores, planteando reclamaciones colectivas en busca de una mejora de su calidad de vida. También supuso la intervención del Estado para limitar la autonomía de la voluntad empresarial en favor del restablecimiento de un equilibrio que permitiera una negociación más pareja entre las partes. Esta intervención estatal permitió la canalización del conflicto que podía poner en peligro el orden social establecido y, al mismo tiempo, controlar el fortalecimiento del movimiento obrero en pleno auge[6].

Algunos especialistas han especulado que si acaso la atención creciente del Estado a la cuestión social[7] del siglo XIX devela que la verdadera función del derecho del trabajo no era otra que la preservación del propio sistema capitalista de producción, al asegurar la supervivencia de su motor: la mano de obra. De una u otra manera, la legislación protectora y sobre todo la acción de las primeras organizaciones sindicales fueron logrando que se fijen reglas básicas que limitaron el abuso de los empleadores.

---

[5] Como señala Ojeda, «El obrero era tratado como un objeto y apenas tenía capacidad de reacción a causa del llamado ejército de reserva de mujeres y niños, utilizados extensivamente y a precios mínimos […]». Al respecto, es gráfica la cita que hace el autor del *Informe Villermé* sobre la situación de los obreros textiles en la región de Rouen en 1840. Señala este informe que: «No es raro ver a niños de seis años […] e incluso a niños de cuatro a cinco años empleados como separadores de trama o como porteadores de bobinas. Permanecen de dieciséis a diecisiete horas cada día, de las cuales trece al menos en una habitación cerrada, sin casi cambiar de lugar ni postura. No es un trabajo, una tarea, es una tortura; y se inflige a niños de seis a ocho años. Mal alimentados, mal vestidos, obligados a recorrer a las 5 de la mañana la larga distancia que los separa de sus talleres […]. El salario era ínfimo. Los hombres ganaban de 2 a 3 francos (oro) por día, las mujeres de 0,75 a 1,50 por día, los niños de 4 a 5 sous» (2008: 89-90).

[6] Se muestra así la doble función que se le atribuye al derecho del trabajo: tuitiva y pacificadora (Däubler 1977: 71-77); o también, carácter «ambiguo, ambivalente y contradictorio» del derecho del trabajo (García Perrote *et al.* 1988: 17 y ss.).

[7] Por cuestión social se entiende a la capacidad de que a los integrantes de una sociedad se les garantice la satisfacción de las necesidades básicas. De acuerdo con Sulmont, la cuestión obrera, verdadero eje de la cuestión social, «recoge la preocupación por las deplorables condiciones de vida de los obreros que contrastan con la riqueza generada por la industrialización» (2009: 3).

Fondo Editorial PUCP

El fortalecimiento y posterior consolidación del derecho del trabajo como disciplina autónoma, independiente del derecho común, que hasta entonces reguló el trabajo asalariado[8], propició la ruptura —aunque no definitiva— con los principios jurídicos tradicionales y la aparición de principios propios, que respondiesen a la lógica de esta nueva rama jurídica (De la Villa *et al.* 1992: 5-9)[9]. Es ya un lugar común señalar que el derecho del trabajo parte de la constatación fáctica de una relación desigual o asimétrica entre trabajador y empresario, por lo que busca, por diversos medios, restablecer el equilibrio o, por lo menos, atenuar la desigualdad existente. Se presenta entonces como indispensable el apoyo o protección a una de las partes de la relación: a la objetivamente más débil. Por esa razón, y dada la implicancia personal del trabajo prestado por cuenta ajena, se sostiene que estamos ante un ordenamiento eminentemente tuitivo que busca proteger o defender determinados derechos o intereses del trabajador, los cuales podrán ir evolucionando o ser diferentes dependiendo de los valores predominantes en cada período histórico (Martín *et al.* 1996: 52).

1.4 Evolución (etapas) del derecho del trabajo

Desde su desprendimiento del derecho común, el proceso evolutivo que ha conocido el derecho del trabajo se produjo entre los siglos XIX y XX. La doctrina clásica ha distinguido en este proceso tres etapas claramente diferenciadas, de acuerdo con la perspectiva con la que el Estado ha afrontado la cuestión social: la primera llamada de la prohibición; luego una de tolerancia y finalmente una de reconocimiento[10]. A continuación reseñamos las características que se les atribuyen.

1.4.1 Etapa de la prohibición

Esta etapa tiene como actores destacados a los primeros sindicatos como organizaciones de trabajadores constituidos en defensa de los intereses de los trabajadores y al Estado liberal, que empezaba a consolidar su propia legitimidad sobre la base de la soberanía o monopolización del poder.

[8] Aunque Ojeda (2008: 84 y ss.) se refiere a una «legislación especial para los obreros que se desarrolla al margen del Derecho Común», como el contrato fiduciario de servicios alemán, o el contrato para servir en el Reino Unido, figuras contractuales diferentes y no derivadas del contrato de arrendamiento de servicios y que, en la tesis de este autor, podrían ser los verdaderos antecedentes del contrato de trabajo.

[9] En ese sentido, se ha se ha señalado que la autonomía o especialidad propiamente del ordenamiento laboral supone enfrentarse a un proceso de corrección y sustitución de buena parte de las reglas civiles, sin embargo, estas seguirán jugando un rol importante: de suplencia normativa y de fundamentación conceptual (Martín Valverde *et al.* 1996: 51). En el mismo sentido puede verse en Galantino (1979: 87-88).

[10] Algunos autores sostienen que a esta lista habría que añadir una cuarta etapa, contemporánea, que puede denominarse de promoción de los derechos laborales y de los sindicatos.

Fondo Editorial PUCP

Si alguna función había sido asignada al Estado por la ideología liberal abstencionista fue precisamente la de mantener el orden público para evitar cualquier interferencia en el desenvolvimiento de las fuerzas del mercado. En ese proceder esquizofrénico, el Estado abstencionista pasó por encima de su propia ideología al reprimir severamente a las organizaciones colectivas de trabajadores. Era común encontrar tipificado en los diversos códigos penales a la sindicalización como una forma de atentado contra el orden público[11]. Con toda propiedad, el mexicano Mario de la Cueva ha denominado a este momento de la historia como «la etapa heroica del derecho del trabajo», pues muy a pesar de la actitud represiva del Estado frente a los sindicatos, estos persistieron en su pugna por alcanzar condiciones humanas en el trabajo.

1.4.2 Etapa de la tolerancia

En algún momento, sea porque la presión social ejercida por los sindicatos era ya demasiado evidente, por el arraigo democrático de algunos Estados o por el interés de estos de preservar el orden establecido, la represión sindical cesó y se suprimieron las sanciones que pesaban sobre los sindicatos. Sin embargo, esto aún distaba de la aceptación de las manifestaciones sindicales.

En esta etapa la actitud permisiva de los estados respecto de la cuestión laboral encontró en paralelo una creciente preocupación por la recopilación de información estadística, mediante métodos de encuesta o registros administrativos, que devino en formas de intervención cada vez más intensas, primero con la llamada intervención científica en las relaciones laborales, que se plasmó en la elaboración de informes elaborados por connotados sociólogos que daban cuenta de la problemática laboral, todo lo cual fue el sustrato para la formulación de posteriores propuestas normativas para la regulación del trabajo[12].

1.4.3 Etapa del reconocimiento

Llegado el momento, el Estado empezó a intervenir decididamente en las relaciones laborales, reconociendo un conjunto de derechos laborales. Los primeros derechos de

[11] Así, el artículo 925 del Código Penal mexicano de 1871 disponía que «se impondrán de ocho días a tres meses de arresto y multa de veinticinco a quinientos pesos, o una sola de estas dos peas, a los que formen un tumulto o motín, o empleen de cualquiera otro modo la violencia física o moral con el objeto de hacer que suban o bajen los salarios o jornales de los operarios» (De Buen 2008: 307-308). Una técnica distinta para proscribir a la huelga fue utilizada por el legislador peruano con el decreto ley 7166, de 20 de mayo de 1931, cuando estableció la suspensión automática de las garantías constitucionales a consecuencia de la declaración de una huelga, y su automática restitución al término de ésta (Santisteban 1980: 69-70).

[12] A través de Supiot sabemos que en Francia ya se habían emitido los famosos informes de Villermé, en 1840; y Guépin, en 1835; mientras que en Inglaterra el informe de Engels se dio en 1845. Todos estos informes se reflejaban las condiciones laborales en las nuevas industrias (1994: 85).

Fondo Editorial PUCP

este tipo en reconocerse fueron precisamente los relacionados a la jornada mínima, el goce del salario, la prevención y reacción frente accidentes de trabajo. En cuanto a las relaciones colectivas de trabajo, el Estado empezó a establecer condiciones básicas para el desarrollo de las actividades sindicales.

De esta etapa puede decirse que enfocaba al conflicto de intereses entre empleadores y trabajadores ya no como una patología, sino como un hecho consustancial a las relaciones laborales. En ese sentido, la intervención estatal en las relaciones laborales se consolidó a través de la creación de la Autoridad Administrativa del Trabajo, órgano del aparato estatal que se especializaba en la administración de las contingencias en torno al trabajo, como los conflictos entre trabajadores y empleadores.

Es necesario anotar que no en todos los contextos nacionales la evolución del derecho del trabajo ha seguido las tres etapas descritas. Antes bien, la historia de cada país ha sido distinta y las vicisitudes presentadas en cada realidad implicaron muchas veces retrocesos en dicha evolución. Pueden citarse los casos de Alemania, donde en pleno siglo XX, el régimen nazi suprimió los sindicatos alemanes. Otro caso notable es el de México, donde el reconocimiento de data antigua del que gozan los sindicatos se contradice con una legislación que se ha mostrado tradicionalmente represora de las actividades sindicales en ese país.

1.5 Consolidación del derecho del trabajo: constitucionalización e internacionalización

1.5.1 La constitucionalización de los derechos laborales

En la tradición jurídica liberal la Constitución era considerada principalmente una norma orgánica del Estado en la que se regulaban también las relaciones entre el poder público y los individuos. De hecho, se solía considerar al Código Civil como el principal cuerpo normativo del Estado —razón justificante de la existencia de sus títulos preliminares como criterios hermenéuticos—, ya que se encargaba de regular las relaciones jurídico-económicas entre individuos.

La Constitución de Querétaro (México) de 1917 y la Constitución de Weimar (Alemania) de 1919 son las dos constituciones que por vez primera contemplaron en su articulado a los derechos sociales, y entre ellos los laborales[13]. Ambos textos constitucionales son los hitos originales que marcaron el inicio de esta tendencia que

[13] De Buen comenta sobre la inclusión del texto original del artículo 123 de la Constitución de Querétaro, que los derechos laborales van consolidando el triunfo del capitalismo frente al marxismo, pues establecen fórmulas que no afectan a la existencia de propietarios de los medios de producción (los empleadores).

Fondo Editorial PUCP

se desarrolló en el siglo XX y se expandió rápidamente en Europa, seguidamente de los países de Latinoamérica. La centralidad de los derechos laborales en este proceso es notoria, y por esta razón «los derechos laborales ocupan un lugar principal en el catálogo de de los nuevos derechos sociales, pudiendo hablarse, por ello, de una "constitucionalización del Derecho del Trabajo" e, incluso, de un "Derecho Constitucional del Trabajo"» (Blancas 2007: 78).

De acuerdo con Ermida (1995: 115-117), la constitucionalización del derecho del trabajo posee consecuencias relevantes para el ordenamiento jurídico. En efecto, la elevación de los derechos laborales al texto de la Constitución denota la alta valoración de los intereses tutelados por el derecho del trabajo; su intangibilidad por las normas legislativas; la consideración de ciertos derechos laborales como derechos fundamentales; y finalmente, desde una perspectiva funcional, tales derechos constitucionalizados operan como límite a las tendencias desreguladoras.

En el cuarto capítulo se profundizará en las implicancias que tiene la constitucionalización de los derechos laborales para el sistema de fuentes normativas que regulan las relaciones laborales. Por ahora baste resaltar la importancia que este proceso de constitucionalización de derechos sociales tuvo en la evolución desde un Estado liberal hacia el Estado Social de Derecho[14], que se define por su decisión de intervenir en las relaciones laborales para corregir las profundas desigualdades existentes en la sociedad.

1.5.2 Internacionalización del derecho del trabajo

A lo largo del siglo XX se ha producido la llamada internacionalización del derecho del trabajo, que ha corrido por dos vertientes: una universal y otra regional, que en nuestro caso se refiere a toda América. Así, en la medida en que los derechos laborales fueron incluyéndose en los tratados internacionales sobre derechos humanos, se fue consolidando un marco genérico que incorpora a los derechos laborales entre los derechos económicos, sociales y culturales (Neves 2009: 73). En el siguiente recuadro se detalla el contenido de los más importantes instrumentos de derechos humanos.

[14] En ese sentido se afirma que «uno de los rasgos identificativos de un modelo de Estado Social de Derecho va a ser la incorporación de los derechos sociales en el seno de los textos constitucionales, haciéndolos además no como mera declaración programática, sino en términos de recepción de derechos subjetivos perfectos» (Cruz 2008: 60).

Fondo Editorial PUCP

Imagen 2
Contenido laboral de los instrumentos de derechos humanos más importantes

Instrumento genérico	Derechos laborales enunciados	Carácter
Declaración Americana sobre de los Derechos y Deberes del hombre (1948)	Derecho al trabajo Derecho a la remuneración justa Derecho de asociación (libertad sindical)	Regional americano
Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	Derecho al trabajo Derecho a la remuneración justa Libertad sindical	Universal
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	Proscripción del trabajo forzoso Libertad sindical	Universal
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)	Derecho al trabajo Derecho a la remuneración justa Seguridad e higiene en el trabajo Descanso y vacaciones Libertad sindical, incluyendo a la huelga	Universal
Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)	Derecho de asociación (libertad sindical)	Regional americano
Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)	Derecho al trabajo Igualdad y no discriminación en el empleo Derecho a la remuneración equitativa y justa Estabilidad en el empleo Seguridad e higiene en el trabajo Proscripción del trabajo de menores Limitación de las jornadas y horario laboral Descanso y vacaciones Libertad sindical, incluyendo a la huelga	Regional americano

Fuente: Instrumentos internacionales más importantes sobre derechos humanos. Elaboración propia.

Como puede, observarse el desarrollo de los derechos laborales en los instrumentos internacionales genéricos ha sido progresivo, ya que han significado una preocupación constante de los gobiernos. En particular, los tratados de derechos humanos del ámbito regional americano han desarrollado hasta un nivel apreciable los derechos de los trabajadores.

Sin embargo, existen en el ámbito universal instrumentos de contenido específico, producidos por una organización internacional especializada: la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que desde su creación en 1919 se ha constituido como el principal órgano productor de la normativa internacional del trabajo con la finalidad de estandarizar pisos o mínimos —con carácter universal— para los derechos de los trabajadores, salvo contadas excepciones (derecho de huelga, subcontratación) los diversos derechos o institutos laborales gozan de reconocimiento y regulación

Fondo Editorial PUCP

expresa en los convenios internacionales de trabajo[15]. Su principal característica es su composición tripartita: todos sus órganos internos se integran por representantes de los gobiernos de los estados miembros, los representantes de los trabajadores y los de los empleadores de cada Estado[16].

Así, la producción normativa de la OIT se concentra en dos tipos de instrumentos: las recomendaciones y los convenios internacionales, sobre los que diremos más en el capítulo 4, al estudiar las fuentes del derecho del trabajo. Por ahora basta señalar que tanto los convenios como sus recomendaciones buscan «establecer un nivel mínimo de protección social en todos los Estados» (Cruz 2008: 62) y al mismo tiempo obligan a un Estado a adoptar dicho nivel de protección en su legislación interna, y a la vez, hacer cumplir dicha normativa. Así, pueden advertirse claramente los estrechos vínculos que este proceso guarda con el de la constitucionalización de los derechos laborales[17], complementándose ambos en su objeto: la tutela efectiva de los derechos del trabajador.

Finalmente, sobre la internacionalización del derecho del trabajo llevada a cabo bajo las instancias de la OIT, hay que decir que el programa de acción de este organismo ha debido adaptarse a las distintas coyunturas que ha enfrentado el mundo en el siglo XX, partiendo desde el desarrollo de sus principios enunciados en 1919; orientándose luego hacia la necesidad de colaboración económica y social entre las naciones luego de la Segunda Guerra Mundial y ha seguido la transformación del mundo del trabajo hasta su configuración actual, que es lo que trataremos en seguida.

1.6 Crisis y flexibilización del derecho del trabajo

La historia del derecho del trabajo que estamos repasando se caracteriza por una progresión expansiva de los niveles de protección impartidos a los trabajadores. Esta historia es la del derecho del trabajo de la primera parte del siglo XX, que era vista por algún autor como un «derecho en expansión» (De Buen 2008: 65). Sin

[15] El contexto en el que se produjo la creación de la OIT fue el periodo posterior a la Primera Guerra Mundial, razón por lo que la propia Constitución de este organismo sostiene que «la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social» (Cruz 2008: 61). Para profundizar en el estudio del origen de la OIT y su evolución histórica puede consultarse en Canessa (2007: 115 y siguientes).

[16] Esta forma de organización particular ha venido a denominarse tripartismo, concepto que en su uso extendido dentro del mundo laboral contemporáneo califica como democrática a la práctica concertadora de los estados estados y de los actores sociales al interior de ellos —trabajadores, empleadores y la autoridad pública—.

[17] Para Ermida (1995: 117) el contenido laboral de las constituciones se complementa con el contenido de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a lo que él denomina el contenido *indirecto* de la Constitución.

Fondo Editorial PUCP

embargo, aquella tendencia unidireccional del derecho del trabajo sufrió un serio cuestionamiento con la denominada «crisis del petróleo» de inicios de la década de 1970, como recuerda la doctrina contemporánea:.

> […] la revisión del Derecho del Trabajo comienza hace cuarenta años, hacia 1970 […]. Incluso, podríamos datar sus comienzos antes todavía, pues en realidad las grandes movilizaciones obreras del mayo francés y el otoño caliente italiano ocurren en 1968 y 1969, pero los signos de intranquilidad laboral se encuentran por doquier, comenzando por Estados Unidos, desde que al terminar la guerra de Corea los países asiáticos han comenzado a exportar en masa hacia occidente mercancías de mejor calidad y a menor precio, al tiempo que le arrebatan los mercados de América Latina, Asia y África (Ojeda 2010: 62-63).

El desempleo y el empobrecimiento resultante dio argumentos a quienes acusaban al derecho del trabajo de ser un elemento que atentaba contra el desarrollo de la economía, al establecer una regulación que calificaban como sobreprotectora del trabajador, con medidas que no permitían una rápida adapatabilidad de la relación de trabajo a las nuevas necesidades del mercado, dificultando la contratación temporal del trabajador, encareciendo o dificultando también el despido, generando, en defintiva, sobrecostos laborales.

En realidad, la interferencia del derecho del trabajo en el libre actuar de las leyes del mercado, lejos de ser un efecto colateral, es una de las razones fundamentales que justifican su existencia. El tratamiento del trabajo como una mercancía había llevado en el pasado al abuso de los trabajadores por parte de las empresas, por lo que la tutela de la parte más débil de la relación laboral se encontraba plenamente justificada, incluso en el contexto de la crisis. Sin embargo, ante el nuevo contexto, los estados ya habían tomado convicción de que había que «adaptar» la legislación laboral (a la baja) para dar respuesta a las nuevas condicionantes originadas por la crisis.

Algunos hechos contemporáneos que prepararon las condiciones propicias para la modificación del derecho del trabajo fueron el triunfo del neoliberalismo; la transformación del trabajo, que migró de las grandes industrias al sector de servicios; el retroceso del Estado nuevamente hacia el abstencionismo en las relaciones laborales; las innovaciones tecnológicas que hicieron inútiles ciertos tipos de trabajo; la descentralización productiva, que selló la desaparición de las grandes industrias; etcétera. Asimismo, las críticas neoliberales al modelo regulador del mercado de trabajo en el plano de las relaciones internacionales empezaba a tener consecuencias manifiestas, como la disminución de ratificaciones en los nuevos convenios internacionales de trabajo (Canessa 2007: 134).

Surge en ese contexto la idea de flexibilidad laboral, concepto de origen europeo por el cual se hace una revisión generalizada de la legislación laboral para moderar los

Fondo Editorial PUCP

niveles de protección que la norma imparte a los trabajadores. Precisamente, la idea de flexibilidad alude a la existencia de un elemento rígido —en este caso: la legislación laboral— que requiere de ser modificado, para adaptarlo a diversas formas. Sin embargo, y en esto consiste su gran problema, la flexibilidad no es sugerida sino para desmejorar los derechos de los trabajadores enunciados por dichas normas, lo que supone una nueva forma de individualización de las relaciones de trabajo y, por tanto, un nuevo desequilbrio entre las partes del contrato de trabajo, que termina beneficiando únicamente a las aspiraciones empresariales.

Por ello, la influencia que las corrientes flexibilizadoras han tenido sobre el derecho del trabajo es profunda y compleja. Ante estos hechos surgió en la doctrina laboralista la interrogante acerca de si el derecho del trabajo está en crisis o en extinción. Frente a tales planteamientos, concordamos con Sanguineti (1996: 16) cuando señala que los cambios introducidos por la flexibilización no han modificado —sino que en verdad han reforzado— la función histórica y esencial del derecho del trabajo, que es la búsqueda del equilibrio entre las partes del contrato de trabajo. En palabras del profesor Ojeda, el derecho del trabajo se encuentra en un proceso de *deconstrucción*, por el cual la evolución de las relaciones laborales al punto actual mantiene —a pesar sus grandes transformaciones— su dualismo implícito, por el cual intereses de trabajadores y empleadores deben apuntar no tanto a la victoria de una parte sobre la otra, sino a «un ajuste siempre frágil y evolutivo de los intereses en presencia» (Ojeda 2010: 16-20)

1.7 La declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo

Si a finales del siglo XVIII el derecho del trabajo respondió a la cuestión social que por entonces demandaba una solución, una situación similar estaba siendo experimentada, con sus propios matices caracterizadores, en el orden socioeconómico de finales del siglo XX. La globalización y sus efectos en las economías nacionales habían distanciado aún más las realidades de los países ricos de las de los países pobres, agravándose la injusticia social dentro de los propios estados que se autoproclamaban democráticos y sociales.

En el contexto de las relaciones laborales todo lo anterior se traducía en una precariedad generalizada del empleo, toda vez que la apertura indiscriminada de los mercados, las nuevas formas de organización competitiva de las empresas y la abrupta transformación del trabajo, que se fragmentó a niveles individualistas, siempre ajustados a «las necesidades del mercado» (todos ellos postulados del neoliberalismo imperante en aquellos años), terminaron agravando la desprotección social vivida por sectores crecientes de la población mundial.

Fondo Editorial PUCP

Todo esto llevó a que en la década de 1990 se gestase una genuina preocupación por la situación de los trabajadores, que se fue condensando en diversos foros mundiales, hasta la adopción definitiva en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1998 de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento[18]. Dicho instrumento recordó en sus dos primeros puntos:

- Que todos los estados miembros de la OIT se habían comprometido a aceptar los principios y derechos que habían ido proclamándose en los convenios internacionales reconocidos como fundamentales.
- Que todos los estados miembros de la OIT, incluso cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tenían el deber de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución de la OIT, los principios fundamentales que son objeto de los convenios fundamentales, que a la postre son:

Imagen 3
Derechos fundamentales en el trabajo y los convenios internacionales de la OIT que los desarrollan

Derechos fundamentales (OIT - 1998)	Convenios aludidos
Libertad de asociación, libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva	Convenio N° 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948. Convenio N° 98, sobre el derecho de sindicalización y de negociación colectiva, de 1949.
Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio	Convenio N° 29, sobre trabajo forzoso, de 1930. Convenio N° 105, sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957.
Abolición efectiva del trabajo infantil	Convenio N° 138, sobre la edad mínima, de 1973. Convenio N° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999.
Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación	Convenio N° 100, sobre la igualdad de remuneración, de 1951. Convenio N° 111, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, de 1958.

Fuente: Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998). Elaboración propia.

[18] Quiñones (2007: 34) explica que fue la voluntad política de los estados, promovida por la OIT, la que dio forma e impulsó este proceso, que terminaría (re)creando una plataforma mínima de derechos laborales para el ámbito mundial.

Fondo Editorial PUCP

La Declaración de la OIT de 1998 constituye un documento valiosísimo para la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo. En efecto, muy a pesar de que su carácter no sea normativo, constituyó «un recordatorio para los Estados sobre sus responsabilidades con el mundo laboral dentro de la economía» (Canessa 2007: 157). En efecto, su valor es más político que jurídico, ya que no añade ninguna novedad en los niveles de protección otorgados por los convenios internacionales de la OIT, sino que plantea a los estados la necesidad de hacer cumplir los estándares laborales mínimos en un contexto dominado por la apertura indiscriminada de los mercados a favor del comercio internacional[19].

Finalmente, la Declaración de la OIT de 1998 tuvo el acierto de establecer un mecanismo de seguimiento que diera cierto nivel de eficacia a su contenido, donde los estados miembros elaborarían memorias anuales sobre sus avances en materia de protección laboral e incluso se dieran a conocer sus avances respecto de materias contenidas en convenios no ratificados.

1.8 La evolución del derecho del trabajo en el Perú

Para referirnos a la evolución particular que ha tenido el derecho del trabajo en nuestro país debemos tener en cuenta que las características que encontraremos en la realidad nacional presentan muchas variantes frente a las que hemos reseñado a lo largo de este primer capítulo. El surgimiento y evolución del derecho del trabajo al que nos hemos referido se ubica en la Europa de los siglos XVIII hasta el siglo XX. Los procesos sociales experimentados en ese continente, que desencadenaron el proceso de formación del derecho del trabajo, se replicaron en Latinoamérica varias décadas después, por lo que conviene tener en cuenta algunas características diferenciadoras entre la evolución del derecho del trabajo acontecida en Europa de la que ocurrió en esta parte del mundo.

En cuanto al desarrollo económico, en Latinoamérica ha existido lo que algún autor ha denominado un «capitalismo de enclave», ya que la implantación del sistema de producción capitalista se ha desarrollado solo en algunas actividades económicas de los países de la región. Bajo estas condiciones, existen sectores económicos que todavía no han sido alcanzados por la cobertura del derecho del trabajo, sea porque las unidades de producción son demasiado pequeñas —empresas familiares orientadas a la subsistencia— o simplemente porque operan en la informalidad —trabajo *oculto*, que «evade» la protección de la legislación laboral—.

[19] En el caso peruano, no obstante, conviene recordar que nuestro país ha ratificado los ocho convenios fundamentales, por lo cual el Estado peruano se encuentra obligado por los mismos, tanto a nivel internacional como interno.

Fondo Editorial PUCP

Es necesario tomar en cuenta todo lo que se acaba de exponer para tener una mejor comprensión del proceso evolutivo del derecho del trabajo en el Perú. En primer lugar, cabe señalar que mientras en Europa las organizaciones sindicales han sido importantes actores en los procesos contemporáneos, en Latinoamérica —salvo contadas excepciones— más bien han tenido un papel modesto. La consecuencia de esto ha sido que mientras en Europa existan múltiples ejemplos de sistemas de relaciones colectivas de trabajo consolidadas y con regulaciones autónomas de bastante importancia; entre nosotros tales manifestaciones son excepcionales[20], siendo el legislador el llamado a suplantar el papel regulador que naturalmente corresponde al sindicato, regulando varios derechos y reglamentando su aplicación en una profusa legislación laboral.

De otro lado, los estados latinoamericanos se han caracterizado por un marcado intervencionismo en las relaciones laborales, particularmente en las relaciones colectivas de trabajo. Esto se explica por una persistente desconfianza de los gobiernos por los sindicatos, que son percibidos como enemigos políticos.

1.8.1 La formación de una legislación laboral en el Perú republicano

Al igual que en la Europa del siglo XVIII, la joven República del Perú del siglo XIX empezó a experimentar una serie de conflictos reivindicativos, en los cuales los trabajadores exigían mejoras en las condiciones donde prestaban servicios. En aquel entonces el trabajo obrero se encontraba regulado principalmente en el artículo 540 del Código Civil de 1852, cuya regulación sobre el contrato de locación de servicios era aplicada para regular la prestación subordinada de servicios..

Las condiciones de trabajo existentes en el país desde el siglo XIX hasta bien entrado el siglo XX mostraban un panorama donde el trabajo libre todavía no era generalizado. Varias actividades productivas estaban marcadas por la explotación de la mano de obra, tales como la extracción del guano, las plantaciones azucareras y agrícolas, las cuales aprovechaban mecanismos de enganche o incluso retención en cautividad —como ocurrió con los migrantes chinos denominados *coolíes*— (Chipoco 1981: 45-47). La subsistencia de esas condiciones retrasaron la afirmación del derecho del trabajo en el Perú hasta mediados del siglo XX, cuando el crecimiento de las zonas urbanas y el paulatino desarrollo industrial y comercial llevó a la conformación de los primeros grandes centros de trabajo, y con ello, a la existencia de las primeras organizaciones sindicales peruanas[21].

[20] Entre las que cabe destacar el caso uruguayo, con sindicatos y negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad.

[21] De hecho, la primera organización sindical importante del país fue la Federación de Panificadores *La Estrella*, que tomaron el ejemplo europeo para buscar una mejora en las condiciones de trabajo que

Fondo Editorial PUCP

Atendiendo a esa lenta formación de las relaciones laborales en el país, desde inicios del siglo XX el Estado peruano había empezado a intervenir progresivamente en las relaciones laborales mediante su actividad legislativa. La incipiente legislación protectora empezó por abordar el tema de los accidentes de trabajo, que estaban causando índices de mortalidad muy altos. Así, siguiendo a la Ley de accidentes de trabajo de España de 1900, se aprobó la Ley sobre responsabilidad del empleador por los accidentes de trabajo, ley 1378 del 24 de enero de 1911.

Para esa época ya existían algunas normas sectoriales que se ocupaban de brindar ciertos beneficios para los trabajadores comprendidos dentro de ciertas actividades. Dichas normas[22] de cobertura fragmentaria no encontraron un sustento constitucional sino hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1920. Aquella Constitución, de corte liberal, fue la primera en la historia del Perú en contener disposiciones laborales, aunque se limitó a delegar a la legislación el desarrollo de ciertos derechos como la seguridad, salud e higiene en el trabajo; las jornadas de trabajo y las remuneraciones. Por lo demás, es llamativo su tratamiento de los conflictos entre empleadores y trabajadores, a los que denomina en forma impersonal: «capital» y «trabajo», al imponer el arbitraje obligatorio (artículo 48).

Tal diseño constitucional da cuenta de un modelo de relaciones colectivas que adquiere características de la ya mencionada «etapa de la tolerancia», en la medida en que no se aceptaba la manifestación más importante del sindicato: la huelga. Pero al mismo tiempo posee ciertas características de la etapa del reconocimiento, en la medida en que el legislador ya empezó a reconocer una serie de derechos laborales individuales. Esta aparente esquizofrenia del sistema ejemplifica lo que explicábamos hace algunas líneas: en Latinoamérica el Estado tiende a ser protector del trabajador individual (reglamentarismo de las relaciones individuales) y represor del sindicato (restrictivo en lo colectivo).

Un articulado más garantista se consignaba en la Constitución de 1933, aunque en este caso la protección fue más formal que real, pues el desarrollo legislativo de las disposiciones constitucionales fue bastante tardío (Ulloa 2009: 49) y, nuevamente, fragmentado en diversos sectores, correspondiéndoles a algunos más derechos que a otros. Esto determinó que la conflictividad social de los años que corrieron con la vigencia de aquella Constitución se desgaste en pugnas por la equiparación de los distintos regímenes laborales que se iban construyendo.

---

le ofrecían sus patronos y así lograron concertar —aunque informalmente— los primeros convenios colectivos de que se tenga registro en el Perú.

[22] Un estudio exhaustivo sobre las primeras normas laborales sobre beneficios sociales en el Perú puede encontrarse en Ulloa (2009: 45 y ss.).

Fondo Editorial PUCP

1.8.2 Entre la protección, el intervencionismo, la flexibilidad y la desregulación

La historia más reciente de nuestro sistema de relaciones laborales se ha desarrollado bajo dos constituciones sociales[23] de inspiración distinta: la Constitución de 1979, dictada en un contexto de transición democrática, y la Constitución de 1993, de inspiración neoliberal[24]. Blancas ha puesto en relieve que ambas constituciones cumplen con asegurar que los derechos fundamentales de la persona del trabajador queden salvaguardados y puedan ejercerse sin menoscabo alguno en el seno de la relación de trabajo (2007: 86 y siguientes).

La Carta de 1979 significó la adscripción del Perú al modelo de Estado Social y Democrático de Derecho y con ello se dio un importante avance en el reconocimiento de institutos y derechos laborales en lo más alto de nuestro ordenamiento. Sin embargo, las normas «infraconstitucionales» no cumplieron sino deficientemente la tarea de desarrollar los derechos enunciados en la Carta Fundamental.

Este problema ha persistido hasta hoy, con el agravante de que el marco constitucional diseñado por la Constitución Política de 1993 ha reducido la cantidad e intensidad de derechos laborales constitucionalizados. Si bien se encuentra en esta Constitución referencias a un Estado Social de Derecho, se establece al mismo tiempo como régimen económico imperante un modelo de corte neoliberal. En la misma década la flexibilización y hasta desregulación que operó el legislador respecto de varios derechos laborales individuales obedeció a una errada convicción de que el derecho del trabajo obstaculizaba el desarrollo de la economía al encarecer la contratación de la mano de obra.

Por otro lado, los derechos colectivos de los trabajadores se encuentran bastante limitados por el Estado —tanto de forma normativa como en la práctica de la autoridad administrativa del trabajo—, que parece atrapado en la etapa de la tolerancia. Lamentablemente en nuestro país el conflicto sigue siendo considerado una patología a la que el Estado debe enfrentar, tesis que contemporáneamente ha sido descartada a favor de otra que reconoce la inmanencia del conflicto en las relaciones laborales, sobre todo en las colectivas.

Sin embargo, a pesar de los problemas que la regulación del derecho del trabajo enfrenta en el Perú, puede decirse que su esencia tutelar no ha desaparecido en nuestro ordenamiento, sino que en el articulado de la Constitución de 1993 se mantienen

[23] Si bien es cierto la Constitución de 1933 también podría considerarse como una Constitución social, su grado de preceptividad difiere de las cartas constitucionales de 1979 y 1993, pues estas últimas contienen disposiciones con grados de preceptividad inmediata, es decir, son normas que permiten por sí mismas solicitar la tutela jurisdiccional cuando ellas sean trasgredidas.

[24] Puede encontrarse en Neves (2009: 70-72) un cuadro comparativo sobre los contenidos laborales de ambas constituciones.

Fondo Editorial PUCP

las características que esta disciplina ha desarrollado a lo largo de la evolución que hemos revisado en este capítulo. Evidencia de ello constituye el hecho de que el Tribunal Constitucional del Perú haya cumplido en la última década una función que Sanguineti ha denominado de «recomposición» del ordenamiento laboral peruano desde sus bases constitucionales (2007b: 41 y ss.), restableciendo por la vía interpretativa los niveles de tutela en varios derechos laborales que habían sido recortados por la legislación.

Un problema fundamental del derecho del trabajo en el Perú que no puede dejar de ser mencionado es el del *trabajo informal*, por el cual un número elevado de peruanos se encuentran inmersos en relaciones laborales no reconocidas por el ordenamiento por distintas razones: bien porque su empleador no es una empresa formal; o bien porque se trabaja no en una empresa, sino en un emprendimiento familiar; en fin, diversos motivos que determinan que este grupo de trabajadores no gocen de los beneficios a los que tienen derecho[25].

En los siguientes capítulos veremos diversos temas de la teoría general del derecho del trabajo desde una perspectiva peruana, y en varios pasajes la referencia a las sentencias del máximo intérprete de la Constitución demostrarán la importancia que viene teniendo en la tutela de los derechos laborales en nuestro ordenamiento jurídico.

1.9 Conclusión

En aproximadamente dos siglos de historia, el derecho del trabajo se ha consolidado como una disciplina autónoma con principios y fuentes propias que regulan la prestación subordinada de servicios del trabajador. Su lógica protectora intenta nivelar el desequilibrio originario entre las partes del contrato de trabajo, garantizando la libertad y dignidad del trabajador mediante la imposición de estándares mínimos a travésde la legislación —normas heterónomas— y de normas autónomas, que son producto de la negociación entre sindicatos y empeladores.

En lo que refiere al contexto peruano, el derecho del trabajo es una disciplina que ha tenido un desarrollo insuficiente. En el plano normativo existe un nivel de protección que, luego de un periodo de desregulación (en el plano individual) y por efecto de una tradición intervencionista y restrictiva en lo colectivo, está por debajo —en muchos casos— de los estándares mínimos fijados por los convenios internacionales de la OIT.

[25] Sobre el tema de la informalidad puede consultarse en Arce Ortiz, Elmer (2008). Autónomos e informalidad. En *Derecho individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias.* Lima: Palestra, pp. 88-89; y Boza Pró, Guillermo (2004). Características del trabajo informal. En (Autores varios) *Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú*. Lima: SPDTSS, pp. 46-50.

Fondo Editorial PUCP

Además, en el plano de la realidad, el principal problema del derecho del trabajo en el Perú radica en que existe un alto número de personas que prestan trabajo informal sin que puedan gozar de los derechos laborales más elementales.

1.10 Bibliografía citada

Alonso Olea, Manuel y María Emilia Casas Bahamonde (2008). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas Ediciones S. L.

Ashton, Thomas S. (2006). *La revolución industrial. 1760-1830*. México D. F.: Fondo de Cultura Editorial.

Blancas Bustamante, Carlos (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Canessa Montejo, Miguel (2007). *Los Derechos Humanos Laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo.* Lima: PUCP - PLADES.

Chipoco Cáceda, Carlos (1981). La constitucionalización del Derecho del Trabajo en el Perú. Tesis de bachillerato. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Cruz Villalón, Jesús (2008). *Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.

Däubler, Wolfgang (1977). *Diritto sindicale e congestione nella Germania Federale*. Milán: Franco Angeli Editore.

De Buen, Néstor (2008). *Derecho del Trabajo.* Tomo I. México: Editorial Porrúa.

De la Villa, Luis; Gabriel García Becedas e Ignacio García Perrote (1992). *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Ceura.

Ermida Uriarte, Óscar (1995). La Constitución y el Derecho Laboral. En *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho Laboral*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, pp. 111-120.

Ermida Uriarte, Óscar (2009). Políticas Laborales después del neoliberalismo. En *Temas centrales del Derecho del Trabajo del siglo XXI*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y ARA editores.

Galantino, Luisa (1979). *Formacione giurisprudenziale dei principi del diritto del laboro.* Milán: Giuffré Editore.

García Becedas, Gabriel (1982). *Democracia y relaciones laborales.* Madrid: Akal Editor.

García Perrote, Ignacio y Gregorio Tudela Cambronero (1988). Compendio de Derecho del Trabajo. *Revista de Trabajo No. 92.* Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 17 y ss.

Fondo Editorial PUCP

Hobsbawm, Eric (2001). *La era de la revolución, 1789-1848*. Barcelona, Crítica.

Khan Freud, Otto (1987). *Trabajo y Derecho*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Martín Valverde, Antonio; Fermín Rodríguez-Sañudo y Joaquín García Murcia (2007). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.

Neves Mujica, Javier (2009). *Introducción al Derecho del Trabajo.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ojeda Avilés, Antonio (2008). La genealogía del contrato de trabajo. *Palestra del Tribunal Constitucional,* volumen XXIX, mayo, pp. 83-103.

Ojeda Avilés, Antonio (2010). *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*. Madrid: La Ley.

Palomeque López, Manuel Carlos y Manuel Álvarez de la Rosa (2009). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Quiñones Infante, Sergio (2008). La declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Una aproximación a la situación del país a los diez años de su adopción. *Derecho & Sociedad,* n° 30, pp. 105-111.

Romagnoli, Umberto (1997). *El Derecho, el trabajo y la historia.* Madrid: Consejo Económico y Social.

Sanguineti Raymond, Wilfredo (1996). El Derecho del Trabajo como categoría histórica. *El blog de Wilfredo Sanguineti*. Fecha de consulta: 31/09/09. Disponible en: <http://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/09/dt-como-categoria-historica-wsanguineti.pdf>.

Sanguineti Raymond, Wilfredo (2007). *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

Santisteban de Noriega, Jorge (1980). *La huelga en el Perú. Historia y derecho.* Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad.

Sulmont, Denis (2009). *La cuestión laboral*. Texto mimeografiado. Lima, abril.

Supiot, Alain (1996). *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Ulloa Millares, Daniel (2009). El surgimiento del Derecho Laboral en el Perú. Una descripción del origen de los principales beneficios sociales para entender su presente y vislumbrar su futuro. En *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, pp. 37-58.

Fondo Editorial PUCP

Capítulo 2
Ámbito de aplicación del derecho del trabajo (sujeto individual)

Sumario: 2.1. Consideraciones generales.- 2.2. Los elementos esenciales del contrato de trabajo. 2.2.1. Prestación personal de servicios. 2.2.3. Remuneración. 2.2.4. Subordinación.- 2.3. Los elementos típicos (tradicionales) del contrato de trabajo.- 2.4. Diferencias del contrato de trabajo con otras figuras contractuales, en particular con la locación de servicios.- 2.5. Aplicación del principio de primacía de la realidad.- 2.6. Labores excluidas del ámbito de protección del derecho del trabajo (deslaboralización de las relaciones de trabajo).- 2.7. Subcontratación e intermediación laboral. 2.7.1. Clases de subcontratación: de mano de obra y de producción de servicios. 2.7.2. Supuestos de procedencia de la intermediación. 2.7.3. Infracción de los supuestos de intermediación laboral. 2.7.4. Mecanismos que garantizan el cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores destacados. 2.7.5. La subcontratación de producción de bienes y servicios (tercerización).- 2.8. Selección de jurisprudencia.- 2.9 Bibliografía citada.

Reseña: los temas seleccionados que se desarrollan a continuación responden a la necesidad de delimitar lo más claramente posible el tipo de trabajo protegido por el ordenamiento laboral. Ello pasa por estudiar el contrato de trabajo como figura reguladora de la prestación subordinada de servicios y en torno a él centrar el debate. Se analizarán los elementos esenciales del contrato de trabajo y se lo distinguirá de las prestaciones autónomas de servicios, concretamente, del contrato de locación de servicios. Por otro lado, resulta pertinente establecer las características del llamado contrato típico de trabajo, debido a que este es el que recibe la mayor protección de la legislación laboral, mientras que las figuras atípicas (atendiendo a la duración de la actividad, el lugar de trabajo y la pluralidad de empleadores) reciben una menor protección. Asimismo, se estudiará el fenómeno de la «deslaboralización», en virtud del cual figuras que, a pesar de tener naturaleza laboral, quedan excluidas del ámbito de protección del derecho del trabajo por mandato expreso del legislador. Finalmente, abordaremos el tema de la intermediación laboral, como forma de contratación laboral indirecta.

Objetivo: tras el estudio de este capítulo el estudiante será competente para determinar la existencia de una relación laboral a partir de los elementos esenciales del contrato de trabajo, pudiendo aplicar el principio de primacía de la realidad en los casos donde los hechos así lo requieran. Asimismo, podrá identificar las formas contemporáneas de producción adoptadas por las empresas que afectan a la contratación laboral.

Palabras clave: subordinación; poder de dirección; prestación personal; remuneración; contrato de trabajo; relación de trabajo; principio de primacía de la realidad; deslaboralización; descentralización productiva.

Fondo Editorial PUCP

2.1 Consideraciones generales

Como hemos visto en el primer capítulo, el derecho del trabajo es la rama del ordenamiento jurídico que se ocupa de la regulación jurídica del trabajo humano, productivo, prestado por cuenta ajena, en forma libre y subordinado. A partir de estas características se han ido asentando o reconociendo determinados elementos cuya presencia se considera esencial en el contrato de trabajo, como la prestación personal, la remuneración y la subordinación, de modo tal que la falta de alguno de ellos provocará la inexistencia del mismo o, lo que es igual, que la relación de trabajo quede excluida de la tutela del derecho del trabajo.

En las líneas siguientes centraremos nuestra atención en los llamados elementos esenciales del contrato de trabajo y en la diferenciación de este contrato con otras figuras contractuales, en particular con la locación de servicios. Asimismo, pasaremos revista a la exigencia de ciertos elementos adicionales que suele establecer nuestro ordenamiento laboral a fin de graduar la protección que brinda, aunque en algunos casos, felizmente aislados, se suele confundir a estos con los elementos esenciales antes mencionados. Por ello, tal vez la mejor manera de precisar los distintos conceptos que queremos tratar en el presente tema sea a través del análisis de una situación real, recogida en la sentencia del 1 de octubre de 1997 [Expediente N° 1016-97-R-(S)]. La ejecutoria en cuestión señala lo siguiente:

> VISTOS, en audiencias públicas en los días 21 de mayo, 27 de junio y 20 de agosto de 1997; [...] por los fundamentos de la sentencia recurrida y CONSIDERANDO: que la labores de recogebolas y mantenimiento de canchas de tenis, se tienen por ciertas en virtud de que la demandada no inscribió al accionante en sus Libros de Planillas, de conformidad con lo dispuesto por el decreto supremo 015-72-TR; lo cual se halla corroborado con el acta de inspección de fecha 4 de junio de 1993 (fojas 14), comprobantes de Caja corrientes a fojas 2, 3, 4, 8, 9, 10 debidamente reconocidos por sus otorgantes a fojas 43, 44, 45, 50, 60, declaraciones testimoniales de fojas 52, 54, 56, 61 quienes al contestar los pliegos interrogatorios respectivos, admiten la condición de trabajador obrero estable, el récord de servicios del 01 de junio de 1989, horario de más de cuatro horas diarias de lunes a sábado y que por las labores realizadas, era la emplazada quien le abonaba sus remuneraciones y que fue despedido el 14 de mayo de 1995; más aún si la instrumental de fojas 87 no acredita que desde el año 1985 el accionante realice labores eventuales de recogebolas; que el reclamante no figure en el Registro de Control de Ingresos y Salidas, no es prueba suficiente para ser merituada a favor del empleador, que no habiendo aportado la demanda instrumental alguno que desvirtúe lo discernido por la Juez, en consecuencia la disolución del vínculo laboral entre las partes se encuentra motivada en la voluntad de la demandada; que la recurrida

Fondo Editorial PUCP

> se apoya en el mérito del proceso y con la ley, CONFIRMARON la sentencia de fojas 90 a 93 de fecha 28 de noviembre de 1996, que declara fundada la demanda de fojas 15 a 19 y ampliación de fojas 21; en consecuencia ORDENARON que [...] cumpla dentro de veinticuatro horas con reponer en su puesto habitual de trabajo a don [...], con lo demás que contiene; [...].
>
> EL VOTO EN DISCORDIA es como sigue y CONSIDERANDO: que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del decreto supremo 03-80-TR corresponde al trabajador probar su relación laboral, en tal sentido, al afirmar el trabajador que la emplazada no cumplió con registrarlo en los Libros de Planillas debe probar dicha relación con documentos idóneos que la justificación con el objeto de establecer el vínculo de dependencia, subordinación, horario de trabajo que son las características del contrato de trabajo a plazo indeterminado; que en la visita inspectiva [*sic*] de fojas 01, si bien es cierto el actor fue encontrado en el centro de trabajo laborando, la empresa en dicho acto negó el hecho de que el actor tenga relación laboral con la misma, teniendo en cuenta que por las labores que cumple el emplazado ésta necesita de la presencia de personas que no necesariamente mantienen vínculo laboral con la emplazada sino que requieren de sus servicios eventuales para brindar los servicios que requieren sus asociados; que tal situación de servidor eventual se justifica con las instrumentales de fojas 2 al 10 presentadas por el actor como prueba de su pretensión, en las cuales se establece que el trabajador tenía labores eventuales para reemplazar a otros trabajadores o para realizar determinados trabajos por los cuales se le pagaba una cantidad determinada de dinero; que del tenor de los citados recibos aparece que se le abonaba por los servicios prestados en cada ocasión, no habiendo probado el trabajador que dicha relación laboral tuviera características de permanente o las labores a desarrollar tuvieran la condición de continuas ya que en los citados recibos de pago no existe continuidad en la prestación de los servicios; que a mayor abundamiento a fojas 87 aparece la ficha de datos del actor en la cual se establece que la prestación de servicios es la de recogebolas y que tal relación no justifica una estabilidad en el empleo, documento éste que no ha sido impugnado por el trabajador, por lo que debe concluirse que la relación laboral entre el trabajador y la emplazada no existe por no haberse probado en el proceso la dependencia, subordinación y horario de trabajo que la justifiquen; que siendo esto así NUESTRO VOTO es porque se REVOQUE la sentencia de fojas 90 al 93 de fecha 28 de noviembre de 1996, que declara fundada la demanda; la que debe declararse INFUNDADA en todos sus extremos; sin costas.

De la revisión del caso expuesto, es claro que el demandante realizaba labores de recogebolas y mantenimiento de canchas de tenis en un club de esparcimiento. De la sentencia se desprende también que la demandada no niega su vinculación con el actor; sin embargo, sostiene que las labores que realizaba el recogebolas eran

Fondo Editorial PUCP

eventuales, por lo que no los unía un contrato de trabajo y, en ese sentido, el club no tenía la obligación de incluirlo —como en efecto no lo estaba— en su libro de planillas, pudiendo resolver el contrato sin necesidad de que mediara justa causa para ello. En definitiva, la demandada niega que en el caso reseñado haya existido una relación de naturaleza laboral.

La sentencia de la Sala Laboral de la Corte Superior de Lima consideró lo contrario, es decir, que sí existió contrato de trabajo entre el actor y la demandada, confirmando, por tanto, la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda, ordenando la reposición del actor (despedido) en su puesto de trabajo[1]. Los elementos determinantes de la sentencia de vista para fallar en ese sentido fueron el acta de inspección de verificación del despido, unos comprobantes de caja por el pago de sumas de dinero al actor, las declaraciones testimoniales que avalan la condición de trabajador obrero estable de aquel y la ficha de datos del actor en la que figura que la labor que desempeñaba era de la recogebolas. El conjunto de los medios probatorios señalados fueron suficientes para producir en la Corte Superior la convicción de la existencia de una relación de naturaleza laboral entre las partes.

El voto en discordia, por su parte, recogió la posición de la demandada señalando que «la relación laboral entre el trabajador y la emplazada no existe por no haberse probado en el proceso *la dependencia, subordinación y horario de trabajo* que la justifiquen»[2].

Como se aprecia, la sentencia analizada y el voto en discordia —por sus posturas encontradas— nos dan la oportunidad de reflexionar sobre los elementos esenciales y los elementos o rasgos típicos del contrato de trabajo.

2.2 Los elementos esenciales del contrato de trabajo

En la actualidad, la identificación de cuáles son los elementos esenciales del contrato de trabajo no ofrece problemas en nuestro ordenamiento jurídico. Doctrina científica, jurisprudencia[3] y legislación (a partir de la Ley de Fomento del Empleo, aprobada por el decreto legislativo 728 de 1991, actualmente la Ley de Productividad

[1] El caso fue resuelto al amparo de la Ley 24514 (antigua Ley de Estabilidad en el Empleo), que establecía que el despido injustificado se reparaba con la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo.

[2] Las cursivas son nuestras.

[3] La sentencia de la Tercera Sala Laboral de Lima, recaída en el expediente N° 4875-2001-B.E. (S), define al contrato de trabajo «como un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes llamada trabajador se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de otra llamada empleador quien a su vez se compromete a pagarle una remuneración, reconociendo además como elementos esenciales de esta clase de contrato la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración».

Fondo Editorial PUCP

y Competitividad Laboral), concuerdan en que dichos elementos son los tres anteriormente anotados: prestación personal de servicios, remuneración y subordinación.

En ese sentido, es importante acudir a la legislación, porque es allí donde se desarrollan los indicados elementos esenciales del contrato de trabajo. En efecto, el decreto supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL), que en puridad es una norma de contratación laboral, señala que «*en toda prestación de servicios remunerados y subordinados* se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado»[4].

Son dos los datos que merecen rescatarse del citado precepto. De un lado, que se requiere de la conjunción de todos los elementos señalados, y allí radica su esencialidad, para generar una relación de naturaleza laboral, por lo que si faltara alguno de ellos estaríamos ante una relación de naturaleza distinta —civil o comercial—. Pero, por otro lado, que su sola presencia —de los elementos esenciales— hace presumir la existencia de una relación laboral de carácter indefinido. La presunción establecida *ex lege* supone, por tanto, únicamente una preferencia por los contratos a plazo indefinido, al mismo tiempo que muestra el carácter excepcional de los contratos bajo modalidad (temporales), pero correspondiéndole siempre a quien alega la existencia de una relación laboral que, en su caso, confluyen los tres elementos esenciales del contrato de trabajo. Acreditada la existencia del contrato de trabajo se presume que la duración del mismo es indefinida. No obstante, se trata de una presunción relativa, por lo que podrá demostrarse en cada caso, y siempre que se cumplan los requisitos señalados en la ley, que el contrato de trabajo está sujeto a alguna modalidad (contrato temporal). En definitiva, el artículo 4 de la LPCL no consagra una presunción de laboralidad, a partir de la cual solo sería necesario acreditar la prestación de servicios para un tercero o la inserción de una persona dentro de una organización productiva para que se presuma que dicha situación genera una relación contractual de naturaleza laboral, correspondiéndole al acreedor del servicio demostrar que dicho trabajo no tiene carácter subordinado[5].

En cualquier caso, esta es una situación que —en teoría— apuntala el principio de continuidad o estabilidad de la relación laboral y que es acorde con la regla constitucional de protección contra el despido arbitrario (artículo 27º de la Constitución), cuya única garantía, o si se quiere, garantía eficaz, supone necesariamente reconocer, en forma simultánea y en un mismo nivel, tanto la estabilidad de entrada, es decir,

[4] Las cursivas son nuestras.

[5] Hay que anotar, no obstante, que la nueva Ley Procesal del Trabajo (vigente solo en algunos distritos judiciales del país) sí recoge la presunción de laboralidad al exigir que el trabajador demandante acredite únicamente que prestó servicios personales para el emplazado.

Fondo Editorial PUCP

la preferencia por los contratos a plazo indefinido; como la de salida, o la resolución del contrato de trabajo no puede responder al arbitrio del empleador, sino a circunstancias objetivas[6].

Veamos ahora en forma sucinta cada uno de los tres los elementos esenciales del contrato de trabajo y cómo se presentan en el caso que venimos analizando.

2.2.1 Prestación personal de servicios

Según el artículo 5 de la LPCL, «los servicios, para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural». Este precepto alude a la calidad personalísima de la labor exigida al trabajador, por lo que no puede valerse de terceros para realizarla; es el trabajador el que pone a disposición del empleador su propia fuerza de trabajo, y no la de otros. Solo por excepción, el trabajador podrá valerse de familiares que dependan de él, cuando la naturaleza de las labores lo justifique. Es el caso del trabajo a domicilio, donde básicamente por un tema de imposibilidad de fiscalización directa de las labores por parte del empleador, la LPCL permite que el trabajador se ayude de sus familiares[7]. En el caso en cuestión, no existe duda de que estamos ante servicios personales, y que las labores que realizaba el actor eran de recogebolas y de mantenimiento de las canchas de tenis del club. Esto se encuentra plenamente acreditado, de un lado, con la ficha de datos del actor elaborada por la propia emplazada en la que figuraba al menos una de las funciones desempeñadas por aquel (la de recogebolas) y, de otro, con el acta inspectiva de la Autoridad Administrativa de Trabajo, en la que se señala

[6] Habría que advertir, sin embargo, que la propia LPCL se habría encargado de desvirtuar el planteamiento anterior, ya que son muchas las formas previstas en su seno para saltarse con garrocha la contratación a plazo indefinido, lo que supone, por tanto, la inaplicación de las normas de protección contra el despido arbitrario. Y esto porque la LPCL recoge expresamente un listado bastante amplio de modalidades de contratación y de supuestos de extinción del contrato de trabajo distintos al despido, lo que sumado a la deslaboralización de ciertas figuras (convenios de formación laboral y de prácticas pre-profesionales y profesionales) y a la legalización —y falta de adecuada fiscalización— de la intermediación laboral, ha desencadenado un efecto de sentido inverso al supuestamente pretendido por la norma, inicialmente denominada de fomento del empleo. Las estadísticas de los años noventa apuntan a que el empleo no creció en nuestro país, al menos no significativamente. Por el contrario, el empleo ya existente y el poco que pudo haberse generado se volvió precario. Al respecto pueden verse los sugerentes ensayos de Campana, David y Herbert Prelle: «La reforma normativa de la contratación laboral durante los noventa ¿flexibilidad o precarización?»; y de Villavicencio Ríos, Alfredo, «La flexibilización y los mecanismos de subcontratación laboral: el caso de la intermediación». Ambos en autores varios, *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*, Lima: Oficina Internacional del Trabajo, 2000. En el caso concreto de la intermediación laboral, la situación descrita se ha corregido, de algún modo, con la Ley 27626. Ver *infra* 1.7.

[7] Señala por eso el propio artículo 5 de la LPCL que no invalida la condición personal del servicio «que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores».

Fondo Editorial PUCP

que al demandante se le encontró prestando servicios en el club. En todo caso, la discrepancia entre la sentencia y el voto en discordia recae sobre la eventualidad o no del servicio, pero no sobre la calidad personal del mismo en la que ambos coinciden.

2.2.3 Remuneración

Por otro lado, se trata de servicios remunerados, constituyendo remuneración, como establece el artículo 6 de la LPCL, «el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se les dé, siempre que sea de su libre disposición», remitiéndose el artículo 7 de la propia norma a los artículos 19 y 20 de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, a efectos de determinar qué no se entiende como remuneración (gratificaciones extraordinarias, toda forma de participación en las utilidades, condiciones de trabajo, entre otras). En este punto debemos señalar que, de las pruebas aportadas en el proceso que se viene analizando (los comprobantes de caja por la entrega de sumas de dinero), la Sala llega al convencimiento de que la emplazada pagaba una remuneración al actor por los servicios que este le prestaba. El voto en discordia prefiere no llamarla remuneración, aunque acepta que por los trabajos que prestaba «se le pagaba una cantidad determinada de dinero», la misma que se le entregaba en cada ocasión. De cualquier manera, más allá de la oportunidad o la forma de pago, es evidente que los servicios eran retribuidos[8].

2.2.4 Subordinación

Finalmente, el tercer elemento que puede considerarse como determinante para la configuración de una actividad o servicio como laboral es la subordinación[9]. Esta supone —para decirlo en términos de la LPCL— la prestación de un servicio bajo la dirección de otro (artículo 9º). Estamos ante un vínculo jurídico que nace entre el trabajador y el empleador, en virtud del cual el primero pone a disposición del segundo su fuerza de trabajo y le confiere, simultáneamente, el poder de dirigirla. Son, necesariamente, las dos caras de una misma moneda: quien ofrece su actividad a alguien se sujeta a las órdenes que este pueda impartirle para dirigir dicha actividad.

[8] Conforme a la sentencia de la Tercera Sala Laboral de Lima, recaída en el expediente N° 4905-2001-IND (S), incluso el hecho que un prestador de servicios emita recibos por honorarios profesionales cumpliendo las formalidades exigidas por la legislación tributaria, «no los convierte en prueba de la existencia de una relación de carácter civil, sino por el contrario son un indicador que el demandante percibía una retribución por sus servicios personales y subordinados».

[9] Como se señala la sentencia de la Tercera Sala Laboral de Lima, recaída en el expediente N° 4905-2001-IND (S), «[…] el elemento fundamental que diferencia el Contrato de Trabajo del Contrato de Locación de Servicios es la subordinación jurídica, pues su ausencia origina que no exista relación laboral».

Fondo Editorial PUCP

Por ello, se derivan de la subordinación una serie de facultades en favor del empleador. Según el artículo 9 de la LPCL, el empleador «tiene las facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier obligación o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador».

En consecuencia, el empleador puede dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador[10]. Ahora bien, la subordinación es un elemento contingente, es decir, es un «poder jurídico» que detenta el empleador, pero no siempre tiene que ser ejercitado, mucho menos con la misma intensidad en cada ocasión. Por tanto, la falta de ejercicio de alguna de las facultades inherentes al poder de dirección —por ejemplo, el empleador constata una infracción y no la sanciona— no desvirtúa ni hace que desaparezca la subordinación.

De los hechos recogidos en la sentencia analizada no se desprende el ejercicio concreto de alguna de las manifestaciones de la subordinación. Sin embargo, esto no significa que dicho elemento no estuviera presente. Está acreditado que el actor se desempeñaba como recogebolas, a lo que la sentencia de vista añade, como parte de los servicios prestados por el actor, el mantenimiento de las canchas de tenis del club. Estas actividades requieren, por su naturaleza, ser prestadas permanentemente en las instalaciones del club y en un horario, que si bien no siempre será el mismo, supone estar a disposición de las necesidades del club o de los asociados que utilicen las canchas de tenis. Por tanto, a partir de la puesta a disposición de la fuerza de trabajo del actor en los términos antes indicados para el club, nos parece razonable sostener la existencia de un vínculo de subordinación entre las partes.

En consecuencia, al confluir en el caso de autos los elementos del contrato de trabajo, la demanda de reposición por despido injustificado debía ser declarada fundada, como en efecto ocurrió.

2.3 Los elementos típicos (tradicionales) del contrato de trabajo

Junto a los elementos esenciales, necesarios para la existencia del contrato de trabajo, suelen estar presentes o acompañar a la relación de trabajo un conjunto de otros elementos que, si bien no son indispensables o esenciales, ayudan a determinar la verdadera naturaleza de la relación cuando esta es controvertida. Estos elementos, llamados «típicos», cumplen, en estricto, una doble función: de un lado, actúan como indicios o rasgos de laboralidad de la relación, por lo que permitirán calificar

[10] Sobre las facultades empresariales que se derivan una prestación subordinada de servicios, veáse: Blancas (2007: 99 y ss.), así como la bibliografía señalada por dicho autor en las notas a pie 243 a la 247.

Fondo Editorial PUCP

como laboral una relación si, en ella, alguno de los elementos esenciales no está claramente acreditado. Al mismo tiempo, sirven para graduar el disfrute de los beneficios laborales, pues es en función de ellos que el ordenamiento jurídico suele otorgar o no determinados derechos al trabajador (Sanguineti 2000: 11).

Los elementos que suelen calificar a una relación de trabajo como típica son los siguientes:

- La duración de la relación: el contrato de trabajo puede ser a plazo indefinido o encontrarse sujeto a modalidad;
- La duración de la jornada: que puede ser a tiempo completo o tiempo parcial;
- El lugar de prestación del servicio: el mismo que puede realizarse en el centro de trabajo o fuera de él; y,
- El número de empleos (o empleadores) que tiene el trabajador: los servicios que se presten pueden ser exclusivos —para un solo empleador— o se puede estar pluriempleado.

En realidad, podríamos denominar «tradicionales» a estos elementos, en la medida que la configuración típica del contrato de trabajo ha ido variando en el tiempo. En nuestro país, por lo pronto, solo un número reducido de trabajadores tiene sus contratos de trabajo a plazo indefinido; se ha incrementado también en forma importante el número de trabajadores con jornadas de trabajo a tiempo parcial, o se encuentran pluriempleados. Asimismo, va adquiriendo cierta relevancia en determinados sectores el trabajo a distancia, como, por ejemplo, el teletrabajo.

No obstante, sigue calificándose como un contrato de trabajo típico a aquel que se establece por tiempo indefinido, se presta en el centro de trabajo, en una jornada completa y en forma exclusiva para un empleador. Y, en consecuencia, la ausencia de alguno de los elementos antes descritos no invalida ni desnaturaliza el contrato de trabajo, sino únicamente permite calificar de atípica la relación de trabajo. En esa medida, no deben confundirse los elementos esenciales con los típicos. Aun sin la presencia de estos últimos, la relación entre deudor y acreedor de trabajo seguirá siendo de naturaleza laboral, aunque perderá —es cierto— algunos beneficios concedidos por el legislador para las relaciones típicas. Así, el trabajador con contrato de trabajo sujeto a modalidad goza de una relativa protección frente al despido arbitrario durante la vigencia (temporal) del mismo[11], o el trabajador que trabaja menos de

[11] En general, la LPCL reconoce a los trabajadores temporales los mismos derechos que los trabajadores permanentes, incluso el derecho a no ser despedido sin causa justa mientras esté vigente el contrato y con una indemnización mayor a la establecida los trabajadores permanentes. No obstante, la terminación del plazo o de la causa habilitante para el contrato es razón suficiente para la extinción de la relación de trabajo.

Fondo Editorial PUCP

cuatro horas diarias (contrato *part-time*)[12], además de no reconocérsele el beneficio anterior[13], tampoco tiene derecho a la compensación por tiempo de servicios[14] y al descanso vacacional, aunque sobre este punto existen normas contradictorias[15].

Según lo que acabamos de exponer, en el caso analizado la discusión debió centrarse en la tipicidad o atipicidad de la relación de trabajo. Tanto la sentencia de la Sala como el voto en discordia contienen referencias a hechos que corroboran la existencia de una relación de naturaleza laboral. Como hemos indicado, la diferencia entre una y otra se da en la supuesta eventualidad de los servicios realizados y en la falta de cumplimiento de un horario de trabajo. Concretamente, el voto singular señala que el actor debió probar la relación laboral con documentos idóneos, «con el objeto de establecer el vínculo de dependencia, subordinación, horario de trabajo que son las características del contrato de trabajo a plazo indeterminado». Añade, igualmente, que estaba probado que el actor tenía «labores eventuales para reemplazar a otros trabajadores o para realizar determinados trabajos» y que no se ha probado que dicha relación «tuviera características de permanentes o las labores a desarrollar tuvieran las condición de continuas», por lo que «que debe concluirse que la relación laboral entre el trabajador y la emplazada no existe por no haber probado en el proceso la dependencia, subordinación y horario de trabajo que la justifiquen».

Consideramos equivocados los argumentos del voto en discordia[16]. Como se aprecia, dicho voto introduce como elementos justificativos de la existencia de la relación laboral a la dependencia, la subordinación y el cumplimiento de un horario de trabajo y se basa, igualmente, en la eventualidad o la falta de continuidad de los

[12] Según el artículo 4 de la LPCL pueden celebrarse contratos a tiempo parcial sin limitación alguna. El reglamento ha establecido la necesidad de que se celebren por escrito y se pongan en conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo (artículo 13). Precisa, además, que los trabajadores *part-time* tendrán derecho a los beneficios laborales, siempre que para su goce no se exija el cumplimiento de un mínimo de cuatro de horas diarias de trabajo en computo semanal.

[13] El artículo 23 de la LPCL señala: «Para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, que labore *cuatro o más horas diarias* para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa señalada en la ley y debidamente comprobada [...]» (las cursivas son nuestras).

[14] El artículo 4 del T.U.O. del decreto legislativo 650 señala: «Están comprendidos en el beneficio de compensación por tiempo de servicios los trabajadores [...] que cumplan una *jornada mínima diaria de cuatro horas*, salvo que la ley no exija este requisito» (las cursivas son nuestras).

[15] Convenio 52 de la OIT ratificado por el Perú por resolución legislativa 13284 (15.12.59), decreto -legislativo 713 (artículo 12, inciso a) y decreto supremo 014-92-TR.

[16] Argumentos similares pueden verse en las sentencias de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaídas en los expedientes 1138-95-CD (S), 4003-95-BS (S) y 36-95-BS (S), y la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, recaída en el expediente 2005-2050-0-2501-JR-CI-01; «[...]el demandante laboró para la emplazada como personal de limpieza pública, bajo relación de dependencia y en forma subordinada al Superior Jerárquico [...]».

Fondo Editorial PUCP

servicios para desestimar la pretensión del actor. Al respecto, creemos necesario formular algunas precisiones:

a. En primer lugar, no creemos que las expresiones «dependencia» y «subordinación» permitan identificar a dos elementos diferentes del contrato de trabajo[17]. Sin duda alguna, dichas expresiones son sinónimas, aluden a lo mismo y no a conceptos que encierran figuras distintas. Así, por ejemplo, la doctrina y jurisprudencia españolas utilizan indistintamente ambos términos, aunque con mayor frecuencia el de dependencia, para aludir al trabajo que se realiza bajo las órdenes de otro (Martín *et al.* 2009: 50) o, como lo ha conceptualizado el Estatuto de los Trabajadores español, aquel que se presta voluntariamente «dentro del ámbito de la organización y dirección de otra persona», recogiendo de esta manera a la dependencia o subordinación —junto a la «ajenidad» y a la inserción del deudor de trabajo en una unidad productiva— como uno de los elementos determinantes y distintivos del trabajo objeto de protección de la legislación laboral (Sanguineti 1997: 28 y ss.).

   Lo que sucede es que suele confundirse la subordinación con la dependencia económica y la dirección técnica. Al respecto, habría que decir —siguiendo a Neves (2009: 38)— que estos últimos son conceptos que «suelen acompañar a la subordinación, inclusive constituyen fundamentos de la intervención protectora del Estado en las relaciones laborales, pero no son elementos esenciales del contrato de trabajo». Como mucho, enfatiza el citado autor, pueden actuar como indicios de la existencia del contrato de trabajo en casos de oscuridad.

   Por tanto, es necesario retomar la idea de que la subordinación encierra un poder jurídico. En ese sentido, habría que destacar que lo que le interesa a aquella es la posición —jurídica— que asumen las partes del contrato de trabajo como consecuencia de la relación entablada: como se ha visto, el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo y se sujeta a las órdenes que este le imparta. Poco interesa entonces la situación económica o la preparación técnica que pudieran tener las partes, es decir, en el caso concreto del trabajador, si este requiere de la remuneración para subsistir o si su nivel de calificación es menor que el del empleador. Aun no necesitando de la remuneración o teniendo una calificación técnica mayor, el trabajador se encuentra

[17] No obstante, en esta confusión incurre incluso el Tribunal Constitucional. Así, en la sentencia del 18 de octubre de 2001, recaída en el expediente N° 598-2000-AA/TC, el Tribunal señala que «resulta evidente que la relación en cuestión tuvo los caracteres de *subordinación, dependencia* y permanencia, propios de una relación laboral» (las cursivas son nuestras).

Fondo Editorial PUCP

subordinado al empleador, por lo que se encuentra obligado a acatar —dentro de los límites que establece el ordenamiento jurídico— las directrices impartidas por este.

b. En segundo lugar, el cumplimiento de un horario de trabajo tampoco constituye un elemento esencial del contrato de trabajo. Ya hemos visto —y no ahondaremos más en este punto— que el tiempo de trabajo, referido fundamentalmente a la jornada, pero que incluye también el horario en el que esta se desarrolla, es un elemento «típico» de la relación de trabajo. Por tanto, que no se exija el cumplimiento de un determinado horario de trabajo, bien porque este sea flexible o bien porque no se haya fijado uno, no desnaturaliza el contrato de trabajo que pueda existir a partir de la confluencia de los elementos esenciales. En todo caso, estaremos ante un contrato de trabajo atípico, pero contrato de trabajo al fin y al cabo.

c. Finalmente, tampoco tienen asidero las argumentaciones sobre la eventualidad de los servicios prestados a fin de desvirtuar, por esta vía, la naturaleza laboral de la relación. Aun en el supuesto —que no queda claro en el caso que venimos analizando— de que efectivamente los servicios fueran eventuales u ocasionales, como en el caso supuesto, lo que interesa es determinar si en dicha relación están presentes o no los elementos esenciales del contrato de trabajo. Si la respuesta es afirmativa, una vez más estaremos ante un contrato de trabajo, que será «atípico» por tratarse de una labor que no se presta en jornada completa —ya sea que se compute diaria o semanalmente— o que se realiza en forma ocasional. Debe tenerse presente que nuestro ordenamiento laboral prevé para aquellos casos una modalidad contractual específica: en el primer caso, pueden celebrarse contratos de trabajo en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna (artículo 4 de la LPCL); en el segundo caso, dentro de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, se contempla el contrato de suplencia que sería, de seguir el razonamiento del voto singular, el aplicable al caso analizado, por cuanto se trata de una figura contractual prevista para sustituir a trabajadores estables de la empresa, cuyo vínculo se encuentra suspendido por alguna causa permitida por ley (artículo 61 de la LPCL). Por tanto, de ser ciertas las afirmaciones esgrimidas por la empresa respecto a la eventualidad de los servicios prestados por el actor, aquella debió acudir las posibilidades contractuales —laborales— señaladas en nuestro ordenamiento jurídico.

Fondo Editorial PUCP

2.4 Diferencias del contrato de trabajo con otras figuras contractuales, en particular con la locación de servicios

Como se ha visto, la subordinación es un elemento esencial del contrato de trabajo. Suele ser, además, como también se ha indicado, el elemento distintivo de la relación de naturaleza laboral, en contraposición a la autonomía como elemento determinante de los contratos de prestación de servicios de naturaleza civil o mercantil: locación de servicios, locación de obra, comisión mercantil[18].

Son el contrato de trabajo y el de locación de servicios los que mayores confusiones y problemas presentan. Y ello, porque es muy común que algunos empleadores utilicen el contrato de locación de servicios para encubrir verdaderas relaciones de trabajo, a fin de no otorgar beneficios laborales y no pagar los tributos y contribuciones sociales correspondientes.

El trabajo libre, prestado por cuenta ajena, puede generar dos clases de vínculos jurídicos, dependiendo del contenido de la promesa de trabajo y de la asunción del riesgo del trabajo. Como vimos en el capítulo 1, a determinada oferta de trabajo le ha correspondido históricamente un determinado tipo de vínculo jurídico[19]. Así, si el deudor de trabajo ofrece poner su fuerza de trabajo —actividad— a disposición de otro para que este la dirija a cambio del pago de una retribución, independientemente de la consecución o no del resultado esperado por el acreedor del trabajo, el vínculo jurídico existente es la subordinación. Como se aprecia, en este caso el riesgo del trabajo lo asume el acreedor.

Por su parte, si la oferta de trabajo consiste en un resultado, y para ello quien lo ofrece conserva la conducción de su actividad y recibe a cambio una retribución solo si el resultado se cumple, el vínculo jurídico será la autonomía y la asunción del riesgo recaerá, necesariamente, en el deudor de trabajo.

Hasta el surgimiento del derecho del trabajo, la figura contractual diseñada para regular la relación actividad-subordinación fue el contrato de arrendamiento de

[18] Cabe resaltar que recientemente en España la legislación ha otorgado protección a ciertos grupos de trabajadores autónomos, conociendo la norma una categoría especial de sujeto protegido: el trabajador autónomo económicamente dependiente, que es aquel cuya prestación de servicios está dirigida a un mismo cliente principal (del cual obtiene un porcentaje importante de sus ingresos económicos) que, sin ejercer un poder de dirección en el sentido laboral del término, termina condicionando varios aspectos de la prestación y organización del autónomo. Cabe resaltar que esta protección es similar, pero diferente de la que otorga el derecho del trabajo a los trabajadores subordinados, pues como explica Cruz, el trabajo autónomo sigue manteniéndose fuera del ámbito del derecho del trabajo y no se trata de «trasladar milimétricamente regulaciones típicas de lo laboral al campo del trabajo autónomo, pero sí un proceso de cierta convergencia y, sobre todo, de toma en consideración del trabajo autónomo en el conjunto de las políticas laborales» (2008: 47 y ss.).

[19] En esta parte seguimos a Sanguineti (2000: 35) y a Neves (2009: 28-32).

Fondo Editorial PUCP

servicios[20], mientras que la relación resultado-autonomía se regulaba por el contrato de arrendamiento de obra, ambos bajo la égida del derecho civil. Posteriormente, el derecho del trabajo sustrae del ámbito civil el contrato de arrendamiento de servicios que pasa a ser el contrato de trabajo, quedándose en el derecho civil el contrato de obra.

Es la doctrina alemana la que introduce una tercera figura contractual (el contrato de prestación de servicios no dependientes) diseñada para los profesionales liberales (médicos, abogados, etcétera), al considerar que estos no podían celebrar, en estricto, contratos de arrendamiento de obra. A pesar de reconocer que el vínculo jurídico que une a las partes de la relación contractual es la autonomía, para la doctrina alemana la oferta de trabajo no es un resultado sino una actividad; ya que el médico no puede ofrecer que sanará al paciente o el abogado que ganará el juicio para su cliente.

Nuestro ordenamiento jurídico sigue en este punto la doctrina alemana y recoge, además del contrato de trabajo (artículo 4 de la LPCL) y del contrato de obra (artículo 1771 del Código Civil), el contrato de locación de servicios como figura contractual para regular la prestación autónoma de servicios (artículo 1764 del Código Civil). En todo caso, de lo que se trata es de evitar el uso indebido de la locación de servicios para encubrir verdaderas relaciones laborales.

2.5 Aplicación del principio de primacía de la realidad

Precisamente, es posible encontrar en el propio sistema jurídico un conjunto de reglas y principios en virtud de los cuales el ordenamiento laboral prevalece frente a posibles eventos que pretendan desconocerlo. El fundamento de esta postura es, en esencia, el carácter imperativo o indisponible de la mayor parte de normas que conforman el ordenamiento laboral. De esta manera, los incumplimientos laborales del empleador, o incluso los actos de los particulares que suponga la sustracción de una relación de servicios personales de la tutela del derecho del trabajo, carecerían de validez.

Es en este ámbito donde opera el llamado principio de primacía de la realidad, según el cual debe preferirse lo que ocurra en los hechos y no lo que las formas o

[20] Como ya indicamos en el capítulo 1, el profesor Ojeda (2008: 84 y ss.) sostiene que, si bien «el tipo contractual con más simpatías para ser considerado como el origen del de trabajo es, sin duda, el del arrendamiento de servicios contemplado por el Code Civil francés de 1804», es posible tener como referentes también al contrato fiduciario de servicios alemán —contrato de origen medieval, basado en la recíproca fidelidad de las partes y que dio origen a los contratos para el personal doméstico y de oficialía—; al contrato para servir inglés —aplicables al personal doméstico, jornaleros y artesanos—; o al contrato de mandato mercantil —aplicables a los auxiliares del comerciante—.

Fondo Editorial PUCP

documentos señalen: la realidad, lo que verdaderamente sucede, prevalece inclusive sobre lo que las partes dicen que ocurre. Como recuerda Neves (2009: 42), este principio no hace sino recoger un clásico aforismo del derecho civil, según el cual «las cosas son lo que determina su naturaleza y no su denominación».

El caso por excelencia en el que suele acudirse al principio de primacía de la realidad es el de la locación de servicios o de cualquier otro contrato de naturaleza civil o mercantil que pretende encubrir un contrato de trabajo, amparándose en una pretendida autonomía de la prestación de servicios realizada, a fin de eludir los derechos y obligaciones que se derivan de una relación de naturaleza laboral; aunque también podría ocurrir lo contrario, es decir, simular la existencia de un contrato de trabajo para obtener indebidamente los favores, no tanto de la legislación laboral, sino la de carácter previsional. Otros supuestos comunes son la contratación de personal a través de figuras de intermediación laboral no permitidas y la celebración de contratos de trabajo sujetos a modalidad, escondiendo relaciones de trabajo de duración indeterminada. En todos estos casos, aun cuando se cuente con el consentimiento del trabajador, el juez debe preferir la realidad frente a la apariencia, dejando sin efecto el acto de encubrimiento[21].

El principio de primacía de la realidad tiene, desde mucho tiempo atrás, un pleno asentamiento en la jurisprudencia laboral peruana, aunque solo a partir del Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador —normas que hoy están parcialmente derogadas— se consagra en forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico, si bien únicamente para el caso específico de las inspecciones de trabajo. Actualmente, la Ley General de Inspección del Trabajo (Ley 28806) concibe a la primacía de la realidad como un principio rector de la función inspectiva y dota al inspector de trabajo de la facultad de privilegiar los hechos constatados si advierte que estos difieren de los documentos o actos formales. Dicha facultad permite al inspector presumir la existencia de una relación laboral y, por ende, ordenar al inspeccionado incorporar en planillas a los sujetos que se encuentren en cualquiera de las siguientes situaciones:

- prestar servicios en cargos similares al de un trabajador registrado en planillas;
- continuar prestando servicios a pesar de haber concluido el convenio de modalidad formativa, o haber superado los límites legales establecidos para tales supuestos;

[21] No obstante, como señala Plá (1998: 261), la primacía de la realidad no supone que las estipulaciones contractuales carezcan de todo valor, pues, de un lado, sirven para acreditar la existencia de una relación contractual entre las partes y, de otro, de ellas debe rescatarse aquello que no desconozca los mínimos legalmente establecidos.

Fondo Editorial PUCP

- realizar labores que se encuentran calificadas como laborales por norma expresa; y,
- si se presentan manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

La importancia de este principio ha permitido su extensión a otros ámbitos del derecho administrativo, concretamente en el campo del sistema concursal, facultando a la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI a utilizarlo en el reconocimiento de los créditos laborales. No obstante, este principio no puede ser aplicado de oficio por dicha comisión, sino que es necesario que sea invocado expresamente por el acreedor.

No deja de ser controvertida la decisión del legislador de otorgar a órganos de naturaleza administrativa una facultad tradicionalmente reservada al poder judicial pues, en definitiva, aquellas terminan declarando un derecho y exigiendo a una de las partes de la relación laboral el cumplimiento de unas determinadas consecuencias que se derivan de dicho reconocimiento. No obstante, no puede soslayarse que la utilización del principio de primacía de la realidad dota de mayor transparencia los procedimientos administrativos en los que se aplica y garantiza de mejor manera los intereses de los trabajadores y de los acreedores laborales, según corresponda. En cualquier caso, la decisión que haya adoptado la administración en uso del indicado principio es susceptible de ser impugnada judicialmente.

2.6 Labores excluidas del ámbito de protección del derecho del trabajo (deslaboralización de las relaciones de trabajo)

Según la Ley 28158, Ley sobre Modalidades Formativas Laborales (en adelante LMFL), y su reglamento, aprobado por decreto supremo 007-2005-TR, toda persona tiene derecho de mejorar sus condiciones de empleabilidad en el mercado laboral mediante su participación en diversas modalidades formativas.

Dentro de las modalidades que han sido creadas por dicha ley podemos mencionar:

- El aprendizaje, que tiene por finalidad complementar la formación específica adquirida en un centro de formación, así como consolidar el desarrollo de habilidades sociales y personales relacionadas al ámbito laboral. De esta forma, el aprendizaje puede llevarse a cabo predominantemente en la empresa o en el centro de formación profesional —universidad o instituto técnico—. El aprendizaje corresponde a la categoría práctica pre-profesional de la anterior normativa. Dentro de esta modalidad, el legislador ha optado por establecer una figura nueva: la práctica profesional. A través de ella se buscaría consolidar

Fondo Editorial PUCP

los aprendizajes adquiridos a lo largo de la formación profesional, así como desempeñarse en situaciones reales de trabajo. Se puede desarrollar hasta en un período máximo de doce meses. Es particularmente llamativo que, en este caso, el legislador considere a egresados de los centros de formación profesional dentro modalidades formativas. En efecto, a pesar de que el periodo de formación haya finalizado ya, la norma laboral permite a las empresas contratar los servicios de estos egresados dentro de una modalidad formativa, flexibilizando su situación laboral. Se trata de un supuesto de deslaboralización nuevo, no contemplado en la normativa anterior.

- La capacitación laboral juvenil tiene por finalidad que el joven entre dieciséis y veintitrés años, que no haya terminado o haya interrumpido la educación básica, o que habiéndola culminado no sigue estudios de nivel superior (técnicos o universitarios), adquiera los conocimientos teóricos y prácticos en el trabajo a fin de incorporarlos a la actividad económica en una ocupación específica.
- La pasantía en la empresa tiene por finalidad que el beneficiario refuerce la capacitación laboral adquirida e inicie, desarrolle o mejore las habilidades sociales y personales relacionadas al ámbito laboral.
- La actualización para la reinserción laboral permite mejorar la empleabilidad, así como las posibilidades de reinserción de trabajadores no ocupados (desempleados del sector público o privado) entre los 45 y 65 años, y siempre que se encuentren en situación de desempleo prolongado, concretamente, que la desocupación sea mayor a doce meses continuos. Es requisito para poder acceder a esta figura normativa que el beneficiario se haya desempeñado antes como trabajador.

En todos los casos es necesario que se suscriba un convenio entre la persona en formación y la empresa respectiva, el mismo que debe ser puesto en conocimiento del Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, los convenios de formación y prácticas, por mandato expreso de la LMFL, no originan vínculo laboral. En tal sentido, generarán exclusivamente los derechos y obligaciones que la LMFL atribuya a las partes que los celebren: el pago de una subvención económica, una jornada máxima para cada supuesto[22], un seguro

[22] Posteriormente se expidió el decreto supremo 003-2008-TR, que ha precisado que las jornadas máximas establecidas en la LMFL son de obligatorio cumplimiento, no siendo posible que los jóvenes bajo modalidades formativas presten servicios en horas extras. Esta norma resalta el caso de la capacitación de los estudiantes de Derecho, ya que lamentablemente las normas aplicables del aprendizaje son inaplicadas sistemáticamente por diversas empresas, estudios de abogados y organismos públicos.

Fondo Editorial PUCP

que cubra los riesgos de enfermedad o accidentes (salvo que el empresario asuma directamente el costo de estas contingencias), la entrega de un Certificado de Capacitación Laboral, según sea el caso, al término de la relación. De otro lado, la LMFL señala que la subvención económica que se otorgue, «al no tener carácter remunerativo», no se encuentra sujeta a cargo del beneficiario, ni a pago alguno de cargo de la empresa por concepto de aportaciones o contribuciones al SENATI o a ESSALUD (salvo que se opte por afiliarse a dichas instituciones).

Como se aprecia, pese a los evidentes rasgos de laboralidad de las relaciones que emanan de tales convenios, se les niega su calidad contractual y laboral, excluyéndolas, de este modo, del ámbito de protección del derecho del trabajo. Esto se realiza por dos vías[23].

De un lado, el legislador se ha cuidado de utilizar una terminología diferente a la usada en el campo laboral («convenio» en lugar de «contrato»; «subvención económica» y no «remuneración») y de otro, se ha puesto énfasis en la finalidad formativa o educativa de los convenios: adquisición de conocimientos técnicos o profesionales, con lo cual, el trabajo realizado no sería, en estricto, productivo, en los términos que lo entiende el derecho del trabajo, esto es, la labor que se presta con una finalidad económica: obtener los medios necesarios para subsistir (Alonso y Casas 2008: 67).

Sin embargo, estas no serían razones suficientes para negarles su naturaleza contractual y laboral. De un lado, resulta poco creíble que la mano de obra joven que se incorpore al mercado de trabajo, a través de estos convenios, tenga por finalidad exclusiva su capacitación laboral, y no la percepción de la «subvención económica». De otro, es claro que del acuerdo entre el joven en formación o el practicante y el empresario nace un contrato que crea y regula una determinada relación jurídica. Si en dicha relación jurídica están presentes, como creemos que de hecho lo están, los elementos esenciales de un contrato de trabajo, entonces la misma será de naturaleza laboral:

- En primer lugar, paralela a la capacitación laboral, existe una prestación personal de servicios que se materializa con la realización de una labor efectiva de la persona en formación. Y es que complementariamente al «intercambio de trabajo por remuneración» se da la formación laboral profesional[24].

[23] Aquí nos apoyamos en el estudio de Campana Zegarra, David (1990). Formación laboral juvenil y profesional. El fomento del empleo precario. En *Cuadernos Laborales* Nº 61. Lima: ADEC-ATC, pp. 10 y ss.

[24] Para Bartomeus (1991: 76), en el contrato para la formación en el trabajo, la finalidad económico-social es la prestación del trabajo, la ocupación más que la producción, siendo la formación «un elemento identificador (e instrumental en relación a la ocupación), pero no predominante».

Fondo Editorial PUCP

- En segundo lugar, se recibe una contraprestación en dinero a cambio de la labor realizada, la misma que, además, está en relación directa con la remuneración mínima vital.
- Finalmente, está presente el vínculo de subordinación jurídica. La empresa dirigirá dentro de una jornada establecida la actividad del joven o practicante, quien está obligado a acatar las disposiciones que esta le imparta y a observar las normas y reglamentos fijados en la empresa. En el caso del aprendiz, este se encuentra obligado a desarrollar sus prácticas con disciplina, así como a sujetarse a las disposiciones administrativas internas que le señale la empresa.

Si la intención de la LMFL y su reglamento son, al menos en el punto que venimos analizando, preparar y adaptar a los jóvenes o readaptar a los adultos mayores a las nuevas exigencias del mercado, ello no tiene que hacerse mediante fórmulas que terminen convirtiendo en precario el empleo. Inclusive dentro de una lógica flexibilizadora, hay quienes sostienen[25] que la vinculación temporal del trabajador a una empresa no implica necesariamente precariedad[26].

2.7 Subcontratación e intermediación laboral

2.7.1 Clases de subcontratación: de mano de obra y de producción de servicios

En las últimas décadas han aparecido nuevas formas de estructuración empresarial que, alejándose del tradicional modelo «fordista» que centralizaba todas las funciones productivas en la empresa, desde la consecución de insumos hasta la colocación del bien o servicio elaborado en el consumidor final, se concentran hoy en el desarrollo de actividades consideradas centrales o neurálgicas, externalizando aquellas que se consideran periféricas, cuya ejecución es encomendada a contratistas externos (Villavicencio 2003: 135). Obviamente, esta nueva forma de estructurar la producción tiene un correlato en el ámbito de las relaciones laborales, sobre todo en lo

[25] Puede verse el trabajo de Segura *et al.* (1991: 39). Para estos autores «una cosa es la contratación flexible, que permite el uso de modalidades de contratación laboral distintas de la contratación a tiempo completo y por tiempo indefinido y, otra distinta, la precariedad tal como la hemos entendido (menores salarios y beneficios no salariales, mayor indefensión de los trabajadores, peores condiciones de trabajo y mayor posibilidad de prácticas contractuales ilegales o abusivas por parte de las empresas)».

[26] Así, por ejemplo, la Ley 27404, del 21 de enero de 2001, introdujo modificaciones en el programa de formación laboral juvenil, en un intento de atenuar sus efectos flexibilizadores. Concretamente, redujo de tres años a uno la duración de los convenios y de 40% a 10% el límite numérico, respecto del total del personal de la empresa, de jóvenes en formación que, como máximo, pueden ser contratados, pudiendo ampliarse en 10% cuando dicho porcentaje esté cubierto exclusivamente por jóvenes discapacitados o se trate de jóvenes mujeres con responsabilidades familiares.

Fondo Editorial PUCP

concerniente a la contratación de mano de obra. Efectivamente, se exige que la mano de obra necesaria para el proceso productivo pueda rotar o circular de acuerdo con los cambios operados en la estructura productiva[27], sin que necesariamente deba constituirse un vínculo de naturaleza laboral entre el que brinda el servicio y el que se beneficia de ese servicio. En ese contexto se presenta la noción de intermediación laboral, como veremos seguidamente.

El fenómeno antes descrito se denomina subcontratación, y comprende, principalmente, dos manifestaciones: subcontratación de mano de obra o intermediación y subcontratación de la producción de bienes y servicios o tercerización o descentralización (Villavicencio 2003: 138-139).

La subcontratación de mano de obra (o intermediación) supone que una empresa, llamada empresa de servicios, proporciona trabajadores a otra empresa. Esta última, a la que se denomina empresa usuaria, tiene la potestad de dirigir y controlar las labores del personal destacado, pero el poder disciplinario lo mantiene la empresa de servicios. Como se observa, la peculiaridad de este caso es que los trabajadores destacados mantienen jurídicamente vínculo laboral con la empresa de servicios a pesar de prestar servicios directos a favor de la empresa usuaria[28]. Por esta razón se sostiene que dichos trabajadores tienen dos empleadores, uno formal —la empresa de servicios— y otro real —la empresa usuaria—, no existiendo relación laboral entre el empleador real y los trabajadores destacados. En definitiva, esta institución regula exclusivamente el suministro de mano de obra.

Por su parte, en la subcontratación de la producción de bienes o servicios o tercerización o descentralización productiva, una empresa llamada contratista proporciona determinados servicios o bienes en forma organizada y bajo su exclusivo control y dirección, a otra empresa denominada contratante. Lo esencial en este caso es que la empresa contratante descentraliza ciertas labores especializadas, secundarias e inclusive principales, para que la contratista se haga cargo de ellas por ser una empresa que cuenta con un patrimonio y una organización empresarial propia dedicada a prestar tales actividades o servicios.

La diferencia entre ambas figuras es clara. En la primera, el objeto es «proveer» trabajadores de una empresa a otra, otorgándose a esta última los poderes patronales de dirección y fiscalización que, en principio, corresponden a la empresa de servicios,

[27] Según Monereo (2003: 67), «la inestabilidad y movilidad del trabajador es una nota esencial de la relación capital-trabajo, producto de la necesaria correspondencia entre la movilidad del capital que caracteriza el sistema económico vigente y la movilidad de la fuerza de trabajo que la hace posible».

[28] En el mismo sentido se pronuncia Ferro (2005: 301), al señalar que: «por intermediación laboral aludimos a los supuestos bajo los cuales resulta factible que en un centro de trabajo presten servicios trabajadores que no tienen contrato de trabajo con la empresa en la que laboran, sino con un tercero».

Fondo Editorial PUCP

que únicamente mantiene el poder sancionador. En la segunda, lo que se busca es que otra organización empresarial asuma una parte del proceso productivo con sus propios recursos materiales, financieros y humanos[29].

En síntesis, por la tercerización o descentralización productiva una empresa asume parte del proceso productivo de otra —con todos los riesgos que ello implica—, a diferencia de la intermediación laboral donde se suministra exclusivamente mano de obra.

En lo que concierne a la intermediación laboral, merece resaltar su naturaleza excepcional. Si bien esta modalidad puede resultar ventajosa para la empresa, en la medida que no asume directamente el pago de ningún beneficio social, podría igualmente resultar perjudicial para los trabajadores si es que no se circunscribe su ámbito de aplicación a supuestos estrictamente excepcionales. En efecto, un régimen ilimitado de intermediación laboral podría afectar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales de los trabajadores, como la estabilidad laboral, la igualdad de trato[30] y la libertad sindical[31]. En ese sentido, es necesario que la intermediación laboral

[29] Acerca de la descentralización o exteriorización del empleo, Ferro (2005: 301) señala: «En este caso, es implícito el traslado fuera de la empresa de una parte de la producción para que sea otra la que se ocupe de ella. Dicho en otros términos, se trata de descargar sobre pequeñas unidades independientes el peso de la gestión en campos periféricos de la empresa principal».

[30] A fin de garantizar este derecho, el artículo 7 de la Ley 27626, Ley que Regula la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores (en adelante: LEES) establece que los trabajadores de la empresa de servicios, cuando fueren destacados a una empresa usuaria, tienen derecho a percibir durante dicho período las mismas remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores. Por su parte, el artículo 5 del reglamento precisa que opera la extensión de dichos beneficios cuando los mismos son de alcance general, de acuerdo con la categoría ocupacional o función desempeñada, y que no son extensivos cuando obedecen a situaciones objetivas, inherentes a calificaciones personales, particularidades del puesto o el desarrollo de actividades o cumplimiento de condiciones específicas. Estas normas nos merecen dos reflexiones. En primer lugar, a fin de garantizar una auténtica igualdad de trato, la alusión a la remuneración debe entenderse hecha en forma genérica, es decir, sin discriminar entre conceptos remunerativos y los que no lo son. En segundo lugar, parece sensato excluir de la equiparación aquellos conceptos que son otorgados en base a calificaciones personales objetivas; por ejemplo, una bonificación por antigüedad. Sin embargo, no parece coherente que se excluyan aquellos conceptos que son otorgados en base a particularidades propias del puesto —por ejemplo, una bonificación por trabajo en altura, usualmente otorgada en los centros mineros— o por el cumplimiento de condiciones específicas —por ejemplo, una bonificación por supervisión—. Si los trabajadores intermediados van a desarrollar dichas labores, es evidente que cumplen con los requisitos para recibir los mismos.

[31] Respecto a la protección de los derechos colectivos el artículo 4 de la LEES establece que la intermediación laboral «será nula de pleno derecho cuando haya tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de derechos colectivos de los trabajadores que pertenecen a la empresa usuaria». Sin embargo, los pertinentes y necesarios alcances protectores de esta norma, se han visto morigerados por lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento que dispone que «la nulidad a que se refiere el artículo 4 de la Ley procede cuando se demuestre en juicio que la intermediación ha tenido como objeto o efecto directo vulnerar o limitar el ejercicio de los derechos colectivos».

Fondo Editorial PUCP

reciba un tratamiento legal que sea lo suficientemente riguroso como para evitar la vulneración sistemática de los derechos de los trabajadores, pero, al mismo tiempo, sea razonablemente flexible como para hacer viable la contratación de mano de obra por esta vía.

Tratando de encontrar el justo medio, la LEES y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 003-2002-TR (en adelante, «el reglamento»), regulan el régimen de intermediación laboral, estableciendo límites a su aplicación y garantizando el cumplimiento de los derechos de los trabajadores objeto de ella.

2.7.2 Supuestos de procedencia de la intermediación

Tomando en cuenta el carácter excepcional de la intermediación laboral, el artículo 3 de la LEES establece que aquella solo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización. Al mismo tiempo, la indicada norma prohíbe expresamente la intermediación de trabajadores para ejecutar en forma permanente las labores principales de la empresa usuaria.

Al respecto, es importante, en primer lugar, determinar los alcances del supuesto temporalidad. Por oposición, si está prohibido destacar personal para realizar en forma permanente las actividades principales de la empresa usuaria, entonces sí está permitido proveer personal para realizar en forma eventual las labores tanto principales como secundarias de dicha empresa. Como se puede apreciar, aquí la excepción está justificada por la eventualidad de las labores a ser intermediadas, al margen del carácter principal o secundario de las actividades que se vayan a realizar. Así, conforme al numeral 1 del artículo 11 de la LEES, la intermediación laboral supone el destaque de trabajadores a la empresa usuaria con la finalidad de colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades.

Ahora bien, adicionalmente la intermediación laboral para labores de naturaleza eventual está sujeta a dos límites adicionales: de un lado, el número de trabajadores suministrados no podrá exceder del 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria (artículo 6 de la LEES) y, de otro, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 11 de la LEES, solo se puede recurrir a este supuesto para cubrir puestos permanentes que han quedado transitoriamente vacantes (suplencia) o para cubrir puestos no permanentes que se requieran para cubrir necesidades transitorias distintas de la actividad habitual del centro de trabajo (ocasional).

En el caso de los supuestos de complementariedad y especialización, la intermediación se justifica por la naturaleza secundaria de las tareas a ser ejecutadas, siendo completamente irrelevante determinar si las labores son eventuales o permanentes. Lo relevante es llegar a identificar la naturaleza de las actividades comprometidas, es decir, si son principales o secundarias.

Fondo Editorial PUCP

De acuerdo con el artículo 1 del reglamento, se considera como actividad principal de la empresa usuaria «aquella que es consustancial al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo» (primer párrafo). En ese orden de ideas, el propio artículo define las actividades complementarias o especializadas como aquellas que constituyen actividades auxiliares, secundarias o no vinculadas a la actividad principal de la empresa usuaria (segundo y tercer párrafo).

No siempre será fácil distinguir lo principal de lo accesorio; no obstante, es posible afirmar que calificarían como actividades principales aquellas que identifiquen a la empresa usuaria en el mercado o que consten como tal en su estatuto social. Del mismo modo, también tendrían esa categoría las actividades internas que contribuyan decisivamente a la consecución del objeto social de la empresa usuaria. En esa medida, todas aquellas actividades que razonablemente no califiquen como principales serán auxiliares, secundarias o no vinculadas a la actividad principal y, por ende, pasibles de intermediación laboral bajo las modalidades de complementariedad o especialización.

La diferencia entre complementariedad y especialización es sencilla. Mientras que la primera está dirigida —tradicionalmente—a labores «de vigilancia, seguridad, mantenimiento, mensajería externa y limpieza»; la segunda recae sobre actividades secundarias que requieren «un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados». Al margen de lo expuesto, habría que decir que tanto para los supuestos de complementariedad como de especialización, el legislador ha terminado añadiendo una serie de requisitos que los aleja de la figura de la intermediación laboral y los acerca a la de la subcontratación de producción de bienes o servicios (tercerización).

Efectivamente, a diferencia de lo que ocurre en los casos de temporalidad, en los de complementariedad y especialización la empresa usuaria no goza de las facultades de dirección y fiscalización respecto de los trabajadores destacados (artículos 11 de la LEES y 1 del reglamento). Adicionalmente, se exige que la empresa de servicios complementarios o especializados asuma las tareas contratadas con «plena autonomía técnica y responsabilidad» (artículos 6 de la LEES y 3 del reglamento). Por lo tanto, es evidente que en estos supuestos, de un lado, no se produce el desdoblamiento del empleador —real y formal— que es esencial en el fenómeno de la intermediación y, del otro, que existe una participación empresarial en un segmento autónomo de la empresa usuaria (Villavicencio 2003: 143-144), que necesariamente deberá ser una actividad auxiliar o secundaria. En consecuencia, en estos casos no estamos ante un puro suministro de mano de obra sino ante la asunción por parte de una organización empresarial externa de una parte de las actividades de la empresa usuaria. Este es un aspecto que debería corregirse en dicha ley.

Fondo Editorial PUCP

A modo de resumen, el siguiente cuadro muestra cuáles son las actividades de una empresa que podrían ser desarrolladas con personal intermediado:

Imagen 4
Actividades empresariales que pueden ser intermediadas

Actividad	Permanente	Temporal
Principal	No	Sí
Complementaria	Sí	Sí
Especializada	Sí	Sí

Fuente: Ley 27626. Elaboración: propia.

2.7.3 Infracción de los supuestos de intermediación laboral

El artículo 5 de la LEES establece una sanción clara y razonable para los supuestos de infracción a las normas de intermediación laboral. Según este artículo, «en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato con la empresa usuaria»[32]. De esta manera, si una empresa recurre a la intermediación laboral, contraviniendo los supuestos y requisitos establecidos en la ley, el contrato celebrado entre la empresa usuaria y la empresa de servicios no surte efectos, pero esta consecuencia jurídica no puede desvirtuar la existencia de los servicios prestados por los trabajadores cedidos a la empresa usuaria, por lo que es lógico que se atribuya a esta el carácter de empleador de dichos trabajadores al haberse beneficiado con sus servicios.

2.7.4 Mecanismos que garantizan el cumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores destacados

La LEES consagra algunos mecanismos que persiguen garantizar adecuadamente los derechos laborales de los trabajadores destacados. Como se sabe, en la práctica es usual que los trabajadores intermediados sean trabajadores precarios; es decir, que no

[32] El artículo 14 del reglamento establece taxativamente cuáles son los casos de infracción a los supuestos de intermediación laboral: (i) «el exceso de los porcentajes limitativos establecidos para la intermediación de servicios temporales»; (ii) «la intermediación para servicios temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia»; (iii) «la intermediación para labores distintas de las reguladas 11 y 12 de la Ley», y (iv) «la reiterancia del incumplimiento regulado en el primer párrafo del artículo 13 del presente Reglamento» (contratar con una empresa de servicios que no está inscrita para operar como tal y/o no solicitar la constancia de inscripción vigente de dicha empresa).

Fondo Editorial PUCP

gocen efectivamente de todos los derechos y beneficios laborales que nuestra legislación les reconoce.

Por tal motivo, el artículo 24 de la Ley exige que «las empresa de servicios o las cooperativas, [...] 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». Si dicha fianza resulta ser insuficiente, el artículo 25 de la misma norma impone responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y la empresa de servicios. Vale decir, si las deudas laborales no se pueden hacer efectivas ejecutando la fianza, entonces los trabajadores destacados tienen el derecho de cobrarle sus créditos a la empresa usuaria. Debe resaltarse que, por disposición expresa de la última norma citada, la empresa usuaria únicamente responde solidariamente por aquellos créditos que se hayan devengado durante la prestación de servicios a su favor. En el reglamento se precisan (artículos 17 al 24) los requisitos, plazos, porcentajes y mecanismos de ejecución y liberación de la garantía.

2.7.5 La subcontratación de producción de bienes y servicios (tercerización)

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 29245, ley que regula los servicios de tercerización, esta supone «la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas y obras, siempre que aquellas 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». Otros supuestos de tercerización de servicios, según el artículo 3 de la citada ley, son los contratos de gerencia conforme a lo regulado en la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa (*outsorcing*) y los contratos que tengan por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo. Estas disposiciones reproducen, casi textualmente, el artículo 4º del reglamento —ahora derogado—, que hacía referencia a la tercerización a fin de darle el trato diferenciado que esta figura merece respecto de la intermediación laboral, y de no sujetarla a los límites y requisitos a la que esta última se encuentra sujeta. No obstante, el mencionado dispositivo reglamentario no procuró una adecuada regulación de la tercerización y de sus consecuencias, lo que facilitó el uso indebido de esta figura y el ocultamiento de verdaderas formas de intermediación laboral.

En esa línea, la Ley 29245 ahonda en una mayor delimitación de la tercerización, estableciendo como elementos característicos de la misma que la empresa contratista cuente con una pluralidad de clientes, requisito al que podrán adecuarse las empresas en el plazo de un año, que tenga equipamiento propio e inversión de capital, así

Fondo Editorial PUCP

como la forma de retribución por la obra o servicio que preste. Consideramos que estas características actúan como indicios que permitirán al inspector de trabajo o al juzgador establecer cuándo estamos frente a una verdadera tercerización o, por el contrario, ante el encubrimiento de una intermediación laboral. La mayor o menor presencia de dichos elementos característicos abonará a favor de una figura o de la otra. En cualquier caso, el Decreto Legislativo N° 1038 ha precisado que las obligaciones y restricciones establecidas en la Ley 29245, que venimos comentando, se aplica únicamente a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con destaque o desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la empresa principal, y no a los supuestos de tercerización externa o sin desplazamiento de personal, o a las que lo hagan en forma eventual o esporádica. Es clara la intención del legislador, no de dificultar la viabilidad de la tercerización, sino de delimitar de mejor manera los contornos de esta, de forma tal de evitar que, bajo el paraguas de la tercerización, se termine contratando únicamente el suministro de mano de obra. Y esto es algo que expresamente prohíbe la ley en cuestión, cuando señala que en ningún caso se admitirá la sola provisión de personal.

Por ello, los contratos de tercerización que impliquen una simple provisión de mano de obra supondrán la desnaturalización de los mismos y tendrán como consecuencia que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación laboral directa e inmediata con la empresa principal.

Finalmente, cabe destacar que la Ley 29245 precisa que el recurso a la tercerización no restringe el ejercicio de los derechos laborales, individuales y colectivos, así como los de seguridad social de los trabajadores de las empresas contratistas. Esa ley establece, además, la responsabilidad solidaria de la empresa principal o usuaria respecto, únicamente (como ha precisado también el decreto legislativo 1038), de las obligaciones legales (por tanto, no las de naturaleza convencional ni de aquellas que supongan una concesión unilateral del empleador) que la empresa contratista no haya cumplido con su trabajadores.

2.8 Selección de jurisprudencia

- STC del 17 de agosto de 2009, recaída en el expediente N° 02382-2007-AA/TC, que establece como elementos esenciales de la relación laboral en forma correcta a la prestación personal de servicios, la remuneración y la subordinación jurídica.
- STC del 18 de octubre de 2001, recaída en el expediente N° 598-2000-AA/TC, que establece como elementos esenciales de la relación laboral en forma errónea a la subordinación, dependencia y permanencia.

Fondo Editorial PUCP

- STC del 25 de setiembre de 2003, recaída en el expediente N° 2132-2003-AA/TC-Piura, donde se define correctamente al principio de primacía de la realidad.
- Sentencia de la Tercera Sala Laboral de Lima, recaída en el expediente N° 4875-2001-B.E. (S), sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.
- Sentencia de la Tercera Sala Laboral de Lima, recaída en el expediente N° 4905-2001-IND (S), sobre la continuidad de la prestación como indicio de prestación personal y subordinación, elementos esenciales de la relación laboral.
- Sentencia de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 1138-95-CD (S), sobre la subordinación como elemento esencial de la relación laboral.
- Sentencia de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 4003-95-BS (S), sobre la subordinación como elemento distintivo entre los contratos de trabajo y de locación de servicios.
- Sentencia de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 36-95-BS (S), sobre la subordinación como elemento esencial de la relación laboral.
- Sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, recaída en el expediente N° 2005-2050-0-2501-JR-CI-01, sobre la aplicación del principio de primacía de la realidad.
- Resolución del Tribunal Fiscal, N° 6433-93 del 22 de octubre de 1997, donde se aplica en instancia administrativa el principio de primacía de la realidad.
- Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, N° 0337-1999/TDC. Indecopi, del 1 de octubre de 1999, donde se aplica en instancia administrativa el principio de primacía de la realidad.

2.9 Bibliografía citada

Alonso Olea, Manuel y María Emilia Casas Bahamonde (2008). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas Ediciones S. L.

Arce Ortiz, Elmer (2008). *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Lima: Palestra Editores S.A.

Bartomeus Plana, Daniel (1991). Contratos para la formación en el trabajo y fraude de ley. En *Transformaciones del Derecho del trabajo: Nuevas formas de empleo y concertación social*. Barcelona: Publicacions Univesitat, Institud D'Estudis Laborals.

Blancas Bustamante, Carlos (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fondo Editorial PUCP

Campana Zegarra, David (1990). Formación laboral juvenil y profesional. El fomento del empleo precario. *Cuadernos Laborales,* nº 61, ADEC-ATC, noviembre, pp. 1-49.

Ferro Delgado, Víctor (2005). *Derecho Laboral Especial* (Materiales de Enseñanza). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Martín Valverde, Antonio; Fermín Rodríguez-Sañudo y Joaquín García Murcia (2009). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.

Monereo Pérez, José Luis (2003). Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresas. En *Derecho Laboral General* (selección de textos). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Neves Mujica, Javier (2009). *Introducción al Derecho del Tra*bajo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ojeda Aviles, Antonio (2008). La genealogía del contrato de trabajo. *Palestra del Tribunal Constitucional*, vol. XXIX, pp. 83-103.

Plá Rodríguez, Américo (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Sanguineti Raymond, Wilfredo (2000). *El contrato de locación de servicios*. Lima: Gaceta Jurídica.

Sanguineti Raymond, Wilfredo (1997). *Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos*. Lima: Ara Editores.

Segura, Julio; Federico Durán, Luis Tomaria y Samuel Bentoula (1991). *Análisis de la contratación temporal en España*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

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

Villavicencio Ríos, Alfredo (2003). La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico. En *Derecho Laboral General* (selección de textos). Lima: PUCP.

Fondo Editorial PUCP

Capítulo 3
Surgimiento y evolución del derecho del trabajo
Ámbito de aplicación del derecho del trabajo (II)

Sujeto colectivo: derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga

---

Sumario: 3.1. La autonomía colectiva como principio rector del sistema de relaciones laborales.- 3.2. Derecho de libertad sindical. 3.2.1. Consideraciones generales. 3.2.2. El contenido esencial del derecho del libertad sindical. 3.2.3. Derecho de constitución y afiliación. 3.2.4. Protección de la libertad sindical. 3.2.5. Facilidades sindicales.- 3.3. Derecho de negociación colectiva. 3.3.1. Capacidad y legitimación para negociar. 3.3.2. Derecho de información. 3.3.3. Recepción del pliego de reclamos e inicio de la negociación. 3.3.4. Fracaso de la negociación directa: ¿arbitraje voluntario o arbitraje unilateral en la LRCT?.- 3.4. Derecho de huelga. 3.4.1. Derecho humano de aplicación inmediata. 3.4.2. Concepto y modalidades de huelga. 3.4.3. Titularidad y ejercicio del derecho de huelga. 3.4.4. Huelga y derechos de terceros.- 3.5. Selección de jurisprudencia.- 3.6. Bibliografía citada.

Reseña: en el tema anterior se ha delimitado el ámbito de aplicación del derecho del trabajo, a fin de determinar qué tipo de actividad merece la tutela del ordenamiento laboral. No obstante, esto se ha hecho desde la perspectiva del trabajador singularmente considerado, como sujeto individual de la relación de trabajo. En este capítulo identificaremos al sujeto colectivo de la relación de trabajo, es decir, a la organización sindical como ente representativo del interés colectivo de los trabajadores, por lo que pasaremos revista al trípode de derechos sobre los que se asienta la acción sindical: la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga.

Objetivos: finalizado este capítulo, el alumno estará en condiciones de identificar cada uno de los elementos que configuran la autonomía colectiva y de comprender el rol de aquella en nuestro sistema de relaciones laborales.

Palabras clave: libertad sindical; sindicato; actos antisindicales; negociación colectiva; legitimación para negociar; derecho de información; obligación de negociar; derecho de huelga; titularidad del derecho de huelga; modalidades de huelga.

Fondo Editorial PUCP

3.1 La autonomía colectiva como principio rector del sistema de relaciones laborales

El anclaje constitucional de los derechos de libertad sindical se encuentra en el artículo 28 de la Constitución Política. Se consagra allí la autonomía colectiva en sus diversas manifestaciones como principio rector de nuestro sistema de relaciones laborales. Dicho precepto reconoce expresamente los derechos de sindicación (autonomía organizativa), negociación colectiva (autonomía normativa) y huelga (autotutela), ordenando al Estado que cautele su ejercicio democrático, debiendo entenderse esto último como una exigencia a las organizaciones sindicales para que funcionen internamente conforme a reglas democráticas —reparto de competencia en distintos órganos sindicales según su importancia, juego de mayorías y minorías, elecciones periódicas, etcétera— y no como una forma de permitir injerencias en las decisiones de los sindicatos por parte de la autoridad de turno.

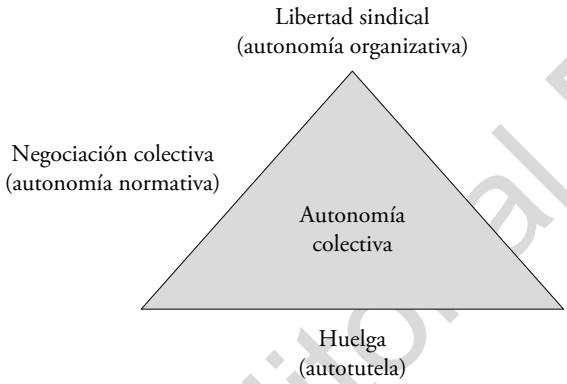
Cabe resaltar el reconocimiento simultáneo que hace la Constitución de las tres manifestaciones centrales de la libertad sindical, que pone en evidencia el trípode sobre el que se erige esta. La facultad de los trabajadores de organizarse para la defensa de sus intereses sería un derecho inacabado, si no se les reconociera y garantizara en paralelo la posibilidad de ejercitar dos funciones indiscutibles e indispensables de la acción sindical para lograr tal objetivo, como la negociación colectiva y la huelga. Los sindicatos nacen para negociar con la contraparte empresarial mejores condiciones de vida y de trabajo, y se valen de la huelga, como medida de presión por excelencia, para dotar de fuerza su posición ante el fracaso de las tratativas directas. Esto evidencia que el espacio natural de la huelga —aunque no el único, por cierto— es la negociación colectiva, pero al mismo tiempo, es poco probable que en un ámbito determinado se presente una negociación colectiva, y más tarde una huelga, si no hay un sindicato que la respalde. Por tanto, la viabilidad de cada uno de estos derechos o manifestaciones de la libertad sindical requiere el reconocimiento y garantía de los otros dos. Lo que refleja una relación de necesaria reciprocidad o interdependencia (interna) entre estos tres derechos.

Ahora bien, es necesario estar atentos a otra clase de estrecha relación de la libertad sindical, esta vez de naturaleza externa, y que es la que se da entre la libertad sindical y otros derechos fundamentales. Es de larga data la posición de los órganos de control de la OIT (el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones) sobre la interdependencia externa que existe entre la libertad sindical y otras libertades públicas y derechos fundamentales —como el derecho a la vida, a la integridad física, a la inviolabilidad del domicilio, a no ser detenido arbitrariamente, al secreto de las comunicaciones, a la libertad de

Fondo Editorial PUCP

tránsito, a la libertad de expresión, entre otros—, puesto que resulta prácticamente inviable ejercitar debidamente los derechos de libertad sindical si los militantes sindicales, sus representantes o cualquier trabajador, no pueden opinar libremente, se les impide reunirse para tratar los asuntos de su interés, se allanan sus locales o se interviene su correspondencia y líneas telefónicas. Por ello la necesidad de garantizar estos derechos para garantizar plenamente la libertad sindical.

Imagen 5
Interdependencia de los derechos colectivos laborales



Fuente: Ley 27626. Elaboración: propia.

3.2 Derecho de libertad sindical

3.2.1 Consideraciones generales

Referirse al derecho de libertad sindical supone, estrictamente hablando, referirse a un haz de derechos que forman parte del mismo. Y es que la libertad sindical, o su ejercicio, para ser más preciso, no se agota en una sola manifestación. La libertad sindical puede analizarse desde varios ángulos. Desde el punto de vista de su titularidad o, lo que es lo mismo, del sujeto que tiene reconocido el derecho, se puede hablar de libertad sindical individual cuando se refiere a derechos que corresponden o les son reconocidos al trabajador singularmente considerado; o de la libertad sindical colectiva, cuando los derechos corresponden ser ejercidos por la organización sindical como tal.

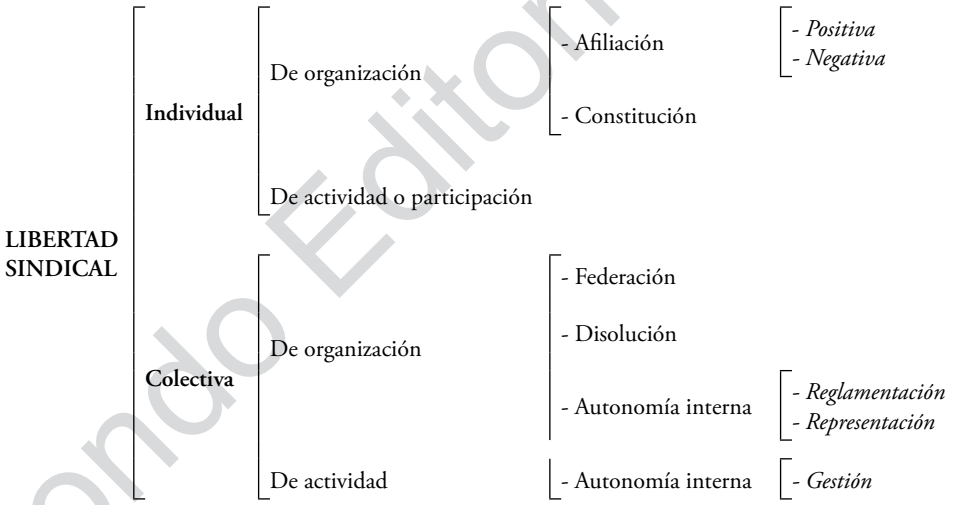
Pero también puede analizarse la libertad sindical desde la perspectiva de su contenido, y aquí pueden identificarse tanto aspectos organizativos como funcionales o de actividad. Así, la libertad sindical de organización alude a una dimensión estática

Fondo Editorial PUCP

del Derecho, que suele agotarse en un solo acto; la constitución de un sindicato, la afiliación de un trabajador a uno ya existente. Por su parte, la libertad sindical de actividad se vincula con la dimensión dinámica del Derecho, que es algo permanente y constante; como la participación activa del militante en la vida institucional de la organización o realizar conjuntamente con otros trabajadores medidas de presión.

Como se podrá suponer, los aspectos señalados no son incompatibles, antes bien se complementan, de modo tal que la libertad sindical individual comprende tanto aspectos de organización como de actividad, lo que puede predicarse también de la libertad sindical colectiva. En definitiva, los aspectos organizativos tienen una naturaleza instrumental, en la medida que son un medio —o instrumento— para desarrollar las funciones o aspectos dinámicos de la libertad sindical. Siguiendo a Neves, podemos graficar las distintas manifestaciones de la libertad sindical de la siguiente manera:

Imagen 6
Aspectos de la libertad sindical



Fuente: Neves (2005: 123).

3.2.2 El contenido esencial del derecho del libertad sindical

Como se ha señalado, la libertad sindical se encuentra recogida en el artículo 28 de la Constitución. A diferencia de su predecesora de 1979, la actual Constitución tiene una lacónica consagración de este derecho, pues luego de precisar que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, y que cautela el

Fondo Editorial PUCP

ejercicio democrático de los mismos, establece en el inciso 1 del citado artículo que se garantiza la libertad sindical. Ahora bien, esto no significa que este derecho carezca de un contenido específico. Es aquí donde cobra importancia la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que exige una interpretación de los derechos y libertades reconocidas en la Constitución conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En la misma línea se sitúa el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el que añade que los derechos constitucionales se interpretan también de conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En este orden de ideas será necesario recurrir a los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, en particular los convenios N° 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Es claro que el contenido del derecho de libertad sindical que pueda construirse a partir de la remisión a los indicados convenios internacionales de trabajo es bastante amplio. La pregunta que surge entonces es si todo lo expuesto anteriormente forma parte o no del contenido esencial de dicho derecho.

¿Cuál es, en definitiva, el contenido esencial del derecho de libertad sindical? Es decir, aquel aspecto o característica que forma parte del núcleo irreductible del derecho que lo hace reconocible como tal, y que el legislador necesariamente debe respetar, a fin de no desnaturalizarlo. ¿Incluye tanto los aspectos individuales como colectivos, los orgánicos como los de actividad?, ¿incluye a la negociación colectiva y a la huelga, y a otras medidas de conflicto?

Inicialmente, el Tribunal Constitucional centró el contenido esencial del derecho de libertad sindical en dos aspectos: el primero de ellos, al que denomina orgánico, consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales; mientras al segundo lo concibe como un aspecto funcional que consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones[1]. En buena cuenta, estamos ante dos aspectos que forman parte de lo mismo y que se circunscriben —ambos— a la denominada libertad sindical individual en su vertiente orgánica o estática. Hay que recordar que la libertad sindical individual comprende tanto el derecho de constitución —la posibilidad que tienen los trabajadores, sin distinción alguna, de constituir las organizaciones que estimen convenientes, según reza el artículo 2 del Convenio N° 87 de la OIT—, así como el de afiliación, y que este último tiene tanto una dimensión positiva —el derecho de los trabajadores de afiliarse a la organización sindical de su elección, con la sola

[1] STC del 12 agosto de 2005, recaída en el expediente N° 1124-2001-AA/TC, fundamento 8.

Fondo Editorial PUCP

condición de observar sus estatutos— como negativa —el derecho de los trabajadores de desafiliarse, el mismo que, según algunos autores, supone también el derecho de no afiliarse, mientras que para otros, esto último es simplemente el no ejercicio del derecho de afiliación).

Dentro de la misma sentencia citada, señala también el TC, que el contenido esencial del derecho de libertad sindical implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga. Es evidente que la consagración del derecho de libertad sindical, incluso al más alto nivel, será letra muerta si este no viene rodeado de un conjunto de medidas que posibiliten su pleno ejercicio. Para ello, la normativa internacional del trabajo —y que la LRCT recoge solo en forma parcial, pues protege únicamente a determinados trabajadores y solo frente al despido y traslados injustificados— ha diseñado un sistema de protección de este derecho, que comprende tanto a los trabajadores como a las organizaciones sindicales frente a actos de injerencia del empleador. Si, como se ha visto, el contenido esencial del derecho en cuestión se limita a aspectos de índole organizativo e individual, es entendible que este sea también el ámbito de protección inicialmente diseñado por el TC.

No obstante, este contenido esencial se nos antoja reducido, y así parece haberlo entendido el propio TC cuando dejó abierta, como es natural, la posibilidad de concretarlo —o ampliarlo— en el futuro. Así, reconoce el TC que el contenido esencial del derecho de libertad sindical no se agota en los aspectos antes señalados:

> Es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciados de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su *vis* expansiva a través de remozadas y, otrora inusitadas manifestaciones (STC del 11 de julio de 2002, recaída en el expediente Nº 1124-2001-AA/TC, fundamento 8).

De esta manera, el TC señala que la libertad sindical también tiene una dimensión plural, «que se manifiesta en la autonomía sindical y la personalidad jurídica»[2]. Remitiéndose al artículo 3.1 del Convenio N° 87 de la OIT, el TC recuerda que las organizaciones sindicales tienen el derecho de: elegir libremente a sus representantes (autonomía o libertad de representación) y organizar su administración y sus actividades, así como formular su programa de acción (autonomía o libertad de gestión).

[2] STC Del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 26.

Fondo Editorial PUCP

Se recoge, de esta manera, dentro de la dimensión colectiva de la libertad sindical, dos aspectos de la llamada autonomía interna que pasan a reconocerse como parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical. Sin embargo, aunque no se hace referencia al derecho de las organizaciones sindicales de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos sin injerencia estatal, no habría que descartar de plano esta dimensión normativa de la autonomía sindical, pues su estrecho vínculo con la autonomía de representación y de gestión, es evidente. En ambos casos se proscribe toda intervención de las autoridades públicas que tienda a limitar o entorpecer el ejercicio de dicha autonomía, como podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de la autonomía de representación, con una norma estatal que estableciera pautas o directivas dirigidas a fiscalizar los procesos electorales para la designación de los dirigentes sindicales; o, en el caso de la autonomía interna de gestión, de pretenderse encorsetar las actividades de los sindicatos a asuntos estrictamente laborales, descartando asuntos de otra índole, como los políticos o socioeconómicos.

Por ello, el TC precisa que la libertad sindical, en su dimensión plural (léase colectiva), no solo garantiza que el sindicato pueda funcionar libremente sin injerencias o actos externos que lo afecten, sino también «las actividades sindicales que desarrollan los sindicatos y sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos»[3]. En la misma sentencia cita, el TC añade que:

> [Sin] esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades tales como el derecho de reunión sindical, el derecho a la protección de los representantes sindicales para su actuación sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores sindicalizados y la representación de sus afiliados en procedimientos administrativos y judiciales. Del mismo modo, no sería posible un adecuado ejercicio de la negociación colectiva y del derecho de huelga (Fundamento 7).

Esto no significa, desde luego, que queden comprendidos en el contenido esencial del derecho de libertad sindical los derechos de negociación colectiva y de huelga. Se trata, sin duda, de derechos interdependientes, o como ha puesto de relieve el Comité de Libertad Sindical de la OIT, de medios o elementos esenciales de la libertad sindical con los que cuentan los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses profesionales. Pero no debe perderse de vista que estos derechos tienen identidad propia y que han sido consagrados separadamente con un contenido específico en la Constitución. En ese sentido, lo que estaría haciendo el TC sería resaltar la necesidad de una adecuada protección de ciertos aspectos de la

[3] STC del 5 de enero de 2005, recaída en el expediente N° 3311-2005-PA/TC, fundamento 8.

Fondo Editorial PUCP

dimensión colectiva de la libertad sindical, de cara a viabilizar el pleno ejercicio de los derechos de negociación colectiva y de huelga. En cualquier caso, esto no hace sino reflejar la interdependencia que existe entre libertad sindical, negociación colectiva y huelga, a la que se ha aludido anteriormente.

De lo que se trata, en definitiva, es de garantizar un ámbito de autonomía a la organización sindical para que pueda actuar con libertad en la defensa de los intereses de los trabajadores. Uno de los instrumentos más importantes con el que actualmente se cuenta para garantizar la libertad sindical es la inspección laboral administrativa, como se podrá apreciar más adelante.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional no apuesta por un contenido esencial amplio del derecho de libertad sindical que comprenda a todas o a la mayor parte de sus distintas manifestaciones. Dicho contenido abarca únicamente a algunas manifestaciones de la libertad sindical, aquellas que el TC considera —por ahora— como fundamentales y que, en concreto, son: la libertad sindical individual en su dimensión estática o de organización (constitución y afiliación) y la libertad sindical colectiva en su dimensión dinámica o de actividad (autonomía interna de gestión) y, parcialmente, en su dimensión estática (autonomía interna de representación).

3.2.3 Derecho de constitución y afiliación

La Ley de Inspección Laboral (LIL) tiene entre sus múltiples fines velar por el cumplimiento de las normas que consagran derechos laborales de naturaleza colectiva. Se está refiriendo la LIL, en concreto, a la obligación que tiene el empleador de respetar los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, tanto estatales como convencionales. Por esta razón, el reglamento de la LIL considera como falta muy grave la transgresión, en términos generales, del derecho de libertad sindical, tipificando también como infracciones conductas antisindicales más específicas en materia de negociación colectiva y de huelga.

Es en materia de libertad sindical, y específicamente en la fase de la constitución de un sindicato o de la afiliación de los trabajadores al mismo, donde se produce gran parte de las afectaciones a este derecho. Con esto se busca erradicar de plano, y desde el inicio, cualquier intento de los trabajadores de organizarse para la defensa de sus intereses: el empleador despide a los principales dirigentes sindicales o motiva la desafiliación de los trabajadores al sindicato, intentando que no conserve el número mínimo legalmente exigido para subsistir. Ahora bien, no siempre será fácil identificar que esta clase de comportamientos antisindicales provienen del empleador, razón por la cual estas conductas podrían quedar sin sanción.

Fondo Editorial PUCP

Por eso, es importante resaltar el caso de la empresa *Topy Top*, que se ha convertido en un caso emblemático de identificación y sanción por parte de la autoridad administrativa de trabajo AAT (Autoridad Administrativa del Trabajo) de una conducta antisindical, como la que se acaba señalar. Esta empresa fue denunciada ante la AAT, precisamente, por el hecho de haber despedido a varios dirigentes del sindicato recientemente constituido en la empresa y por haber obligado a otro grupo de trabajadores a renunciar a dicho sindicato. La empresa obstaculizó la labor inspectiva de la AAT, pues impidió que esta ingresara a sus instalaciones a fin de realizar las verificaciones correspondientes. No obstante, esto no paralizó la acción inspectiva de la AAT, la que, por otra vía, pudo constatar que las cartas notariales de renuncia al sindicato habían sido tramitadas por el abogado de la empresa y que esta última había corrido con los gastos notariales, por lo que la AAT impuso la sanción más alta que se puede establecer a este tipo de infracciones. Cabe señalar que esta conducta antisindical supone una doble vulneración de la libertad sindical: de un lado, la que se produce con el trabajador despedido por el hecho ejercitar su derecho de afiliación al sindicato o de verse obligado a desafiliarse para mantener su puesto de trabajo; y de otro, la vulneración del derecho de la propia organización sindical, que ve mermada su libertad de acción o incluso que corre el riesgo de extinguirse por no contar con el número mínimo de afiliados que la ley exige.

Es por eso el TC resalta la necesidad de proteger la dimensión colectiva o plural de la libertad sindical y las de los dirigentes, ya que sin esta protección no sería posible el ejercicio de una serie de derechos y libertades[4].

3.2.4 Protección de la libertad sindical

La especial consideración de la libertad sindical y la trascendencia que tiene para el sistema de relaciones laborales justifica plenamente que se fijen «especiales medidas de tutela, con el fin de hacer efectivo su ejercicio y de desterrar todos aquellos actos y comportamientos que sean contrarios al mismo o que injustificadamente obstaculicen su disfrute» (Martín *et al.* 2009: 285). Lo que se requiere, por tanto, es el establecimiento de un conjunto de medidas que garanticen y faciliten el libre ejercicio de la actividad sindical, lejos de toda intrusión estatal y empresarial, para una adecuada defensa de los intereses de los trabajadores.

Según Del Rey (1987: 16), «la conducta o actividad antisindical puede ser conceptuada, de forma general, como toda lesión de los derechos de libertad sindical». La amplitud de esta definición permite comprender a todo tipo de comportamiento contrario a la libertad sindical, independientemente de su motivación o del momento

[4] STC del 5 de enero de 2005, recaída en el expediente N° 3311-2005-PA/TC, fundamento 7.

Fondo Editorial PUCP

en que se produzca y que no hace distingo del agente infractor. De esta manera, la infracción podría provenir de actos u omisiones del poder estatal, de los particulares, o de cualquier otra entidad pública o privada. Pero es importante también destacar que la conducta antisindical se configura por el dato objetivo y no subjetivo de la misma. Es decir, no interesa la intención ni la intensidad del comportamiento antisindical, sino su presencia misma. En este orden de ideas, la infracción podría originarse en un acto lícito que posteriormente deviene en uno ilícito, al afectar a la libertad sindical o, incluso, no haber ocasionado daño material alguno[5].

Pues bien, la regulación que ha merecido la tutela de la libertad sindical en nuestro país, al menos en sede legal y reglamentaria, resulta a todas luces insuficiente y restrictiva desde diversos ángulos, en particular, en lo que toca a los ámbitos subjetivo y objetivo, y a los mecanismos procesales para reparar los actos antisindicales. Así, por ejemplo, la LRCT y su reglamento establecen que el fuero sindical ampara únicamente a determinados trabajadores, en contraposición con el Convenio N° 98 de la OIT, que consagra un concepto amplio de protección que alcanza a todos los trabajadores sin distinción, por el solo hecho de ejercer la actividad sindical. En el ámbito material, la LRCT se circunscribe al despido y a los traslados inmotivados como posibles actos antisindicales, y si bien se trata de dos actos contrarios a la libertad sindical de la mayor trascendencia, no son los únicos y no siempre los de mayor frecuencia; piénsese, por ejemplo, en las listas negras, las suspensiones y otras medidas disciplinarias, la desigual distribución de la carga de trabajo, la demora en el pago de las remuneraciones, el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, el retardo en ascensos o promociones, la negativa a negociar colectivamente, el no otorgamiento de facilidades sindicales y un largo etcétera. Por último, es evidente la falta de mecanismos o procedimientos de protección de los derechos de libertad sindical en la LRCT, e incluso en la nueva Ley Procesal del Trabajo (LPT). El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado en reiteradas oportunidades que «la existencia en la legislación de formas de fondo que prohíban los actos de discriminación antisindical no resulta suficiente si las mismas no van acompañadas por procedimiento eficaces para hacerlas cumplir en la práctica» (OIT 2006: 174). Se requiere, por tanto, de «mecanismos o procedimientos eficaces, rápidos y confiables para el control, la prevención y la reparación de los actos de discriminación» (Ermida y Villavicencio 1991: 66-67), mecanismos que, en definitiva, garanticen el pleno ejercicio de la actividad sindical.

Felizmente, en los últimos años el Tribunal Constitucional ha venido perfilando los contornos del derecho de libertad sindical y apostando, a partir de una

[5] Al respecto, puede consultarse en Del Rey (1987: 18-21) y Lovatón (1991: 95-96).

Fondo Editorial PUCP

interpretación sistemática del artículo 28 de la Constitución y los tratados sobre la materia ratificados por el Perú —en particular de los convenios N° 87 y 98 de la OIT—, por una tutela de mayor envergadura que la dispensada por la normativa infraconstitucional. En esta misma dirección apunta, sin duda, el reglamento de la Ley de Inspección Laboral (LIL) que, si bien en sede administrativa, viene siendo la herramienta de mayor cobertura y eficacia de protección de la libertad sindical.

3.2.5 Facilidades sindicales

Las facilidades sindicales son un conjunto de medidas o prerrogativas que se reconocen a las organizaciones sindicales y sus representantes a fin de posibilitar o favorecer el ejercicio de los derechos de libertad sindical: permisos a los dirigentes sindicales para que puedan realizar actividades vinculadas a su función representativa; descuento de cuotas sindicales por planilla; otorgamiento de locales sindicales y de espacios para la colocación de tablones de anuncios; libre circulación de los representantes de los trabajadores por las instalaciones de la empresa; etcétera. Algunas de estas medidas de facilitación de la actividad sindical —las más básicas— han sido recogidas expresamente en la LRCT, remitiendo el resto a su eventual regulación por convenio colectivo.

El artículo 28º de la LRCT establece que el empleador, a pedido del sindicato y siempre que este cuente con la autorización escrita del trabajador, descontará de las remuneraciones las cuotas sindicales y las contribuciones destinadas a la constitución y fomento de las cooperativas formadas por los trabajadores sindicalizados.

De otro lado, el artículo 32º de la LRCT señala que será el convenio colectivo el encargado de establecer las medidas que tiendan a facilitar reuniones, comunicaciones, licencias y permisos de naturaleza sindical. A falta de convenio, prosigue la norma citada, el empleador solo está obligado a conceder permiso a determinados dirigentes para que puedan asistir a actos de concurrencia obligatoria, como por ejemplo, la negociación del pliego de reclamos, diligencias administrativas y judiciales, etcétera. Los permisos que se realicen dentro de la jornada de trabajo son retribuidos —se entienden trabajados para todo efecto legal— y no excederán de treinta días por año calendario, por dirigente. No hay más.

El reglamento de la LIL califica como infracciones graves la inobservancia de las facilidades sindicales señaladas, tanto las recogidas en sede legal como aquellas que pudieran estar previstas a nivel convencional. En el caso de los descuentos de las cuotas sindicales y de las contribuciones destinas a la constitución y fomento de las cooperativas de los trabajadores sindicalizados, así como el de los permisos a los dirigentes sindicales, el incumplimiento se produce no solo respecto de la obligaciones

Fondo Editorial PUCP

expresamente establecidas en la LRCT y su reglamento, sino también en los convenios colectivos que resulten aplicables. En el caso de las facilidades sobre reuniones y comunicaciones sindicales, la infracción se produce respecto de las obligaciones que se encuentren reconocidas por convenio colectivo —ya que la normativa estatal expresamente no lo hace— y en los términos que este lo haga.

3.3 Derecho de negociación colectiva

El artículo 28º, inciso 2, de la Constitución consagra el fomento de la negociación colectiva y la fuerza vinculante del acuerdo resultante de la misma. No estamos, como se aprecia, ante cualquier clase de regulación. El mandato de fomento del derecho en cuestión que establece la Constitución vigente alude a una actitud de auxilio, promoción o impulso de la negociación por parte del Estado, a diferencia de la opción garantista a la que aludía la Constitución del 79, y que se lograba con una simple postura estatal abstencionista y de remoción de los obstáculos que pudieran dificultar el diálogo directo entre los sujetos laborales. O, para decirlo en palabras del Tribunal Constitucional, «el fomento implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, estando incluso llamado a realizar las acciones positivas que resulten necesarias para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva»[6]. Dado el caso, continúa el Alto Tribunal, el Estado puede otorgar determinado *plus de tutela*, si ello se requiere para viabilizar la negociación; por ejemplo, cuando se establece el nivel de rama de actividad como el adecuado, de cara a posibilitar una verdadera negociación colectiva en el sector de construcción civil[7].

Este contexto normativo explica por qué el derecho de negociación colectiva va acompañado de la obligación de negociar —y de hacerlo, además, de buena fe— que se le impone a la parte empresarial[8]. Explica también la razón por la cual el

[6] STC del 26 de marzo de 2003, recaída en el expediente N° 0261-2003-AA/TC, fundamento 3.

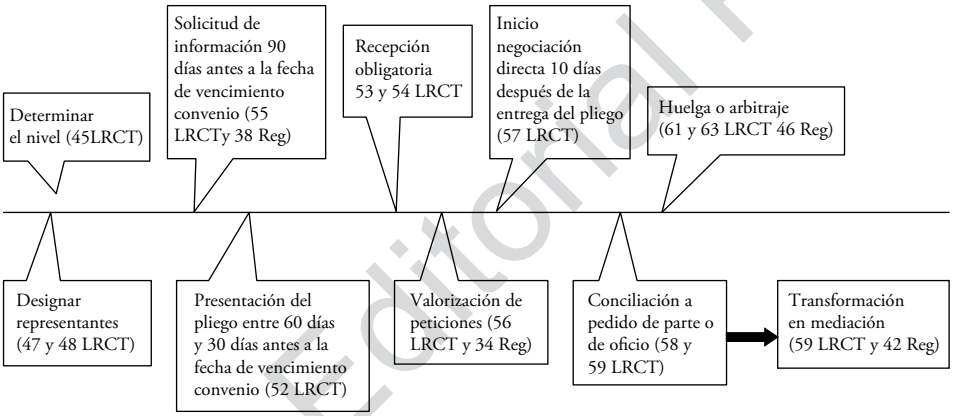
[7] Bajo una lógica similar el TC, en una sentencia de data reciente, ha inaplicado una disposición del artículo 45 LRCT, según la cual la negociación se llevará a cabo a nivel de la empresa cuando no exista acuerdo entre las partes sobre el ámbito de la negociación. Sin embargo, en ese caso concreto, que trataba sobre la negociación de los trabajadores marítimos y portuarios con las empresas portuarias, el TC no optó por avanzar sobre el concepto ya mencionado del *plus de tutela*, sino que determinó que el nivel de negociación en dicho ámbito no será el de empresa, sino el que acuerden los sujetos colectivos. Y si no hubiera acuerdo al respecto, las partes deberán acudir a un órgano arbitral independiente que decida el nivel de negociación.

[8] La doctrina española entiende que la obligación de negociar de buena fe no emana del reconocimiento constitucional del derecho de negociación colectiva ni forma parte del contenido esencial de este derecho, pero que, en cualquier caso, nada impide que sea establecido por el legislador ordinario. Sobre el particular, puede consultarse en Sala (2006: 323).

Fondo Editorial PUCP

reglamento de la LIL ha tipificado como infracciones muy graves el incumplimiento, por parte del empleador, de dos obligaciones que le impone la LRCT para garantizar el desarrollo de la negociación colectiva. Nos referimos, concretamente, a la obligación del empleador de suministrar información a los representantes de los trabajadores para la elaboración del pliego de reclamos y a la obligación de recibir dicho pliego de reclamos entregado por aquellos, con la finalidad de dar inicio a la negociación. A continuación pasaremos revista a estos y otros aspectos del procedimiento de negociación, empezando por precisar quiénes son los sujetos que se encuentran legitimados para negociar un convenio colectivo.

Imagen 7
Línea de tiempo de la negociación colectiva, según la LRCT



Fuente: LRCT y su reglamento. Elaboración: propia.

3.3.1 Capacidad y legitimación para negociar

Como ya se ha indicado, una de las funciones más importantes que tiene toda organización sindical es la de negociar con la contraparte empresarial. Y es que el sindicato, por el solo hecho de serlo, tiene atribuida —a partir del reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva— una facultad normativa genérica o abstracta para regular con el empresario, o con una organización de empresarios, de ser el caso, sus intereses en conflicto. A esto se le denomina capacidad para negociar. No obstante, un régimen de pluralidad sindical como el que rige en nuestro ordenamiento jurídico puede ocasionar que dos o más organizaciones sindicales que coexisten en un mismo ámbito o unidad de negociación pretendan negociar simultáneamente con la contraparte empresarial. Cuando esto ocurre, las legislaciones suelen establecer ciertos

Fondo Editorial PUCP

requisitos para determinar quién o quiénes están finalmente habilitados para llevar a cabo una concreta negociación colectiva. Esto es lo que se conoce como legitimación para negociar, es decir, la facultad específica que se le reconoce solo a ciertos sujetos colectivos para llevar a cabo una negociación colectiva y celebrar el correspondiente convenio colectivo. En otras palabras, toda organización sindical debidamente constituida tiene capacidad para negociar, pero no necesariamente estará legitimada para hacerlo en un caso concreto. Lo hará la que acredite cierta representatividad.

Los criterios de legitimación para establecer esa representatividad son variados: negociará el sindicato que haya ganado unas elecciones sindicales; el que decidan en cada oportunidad los trabajadores de la respectiva unidad de negociación; el que tenga mayor número de afiliados; entre otros. Este último criterio ha sido el escogido por nuestra legislación. El artículo 47º de la LRCT es el que establece la capacidad de negociación, mientras que el artículo 9º y el 46º de la citada norma son los que establecen la legitimidad para negociar en la empresa, y de rama de actividad o gremio, respectivamente, lo que puede apreciarse en el gráfico siguiente:

Imagen 8
Sujetos legitimados para negociar por niveles

Sujetos legitimados para negociar por nivel de empresa		
Número de sindicatos	**Representatividad**	**Efectos del convenio**
Uno (mayoritario)	Negocia por todos	A todos los trabajadores (eficacia general)
Uno (mayoritario)	Negocia para sus afiliados	Solo a los afiliados (*eficacia limitada*)
Varios (uno mayoritario y el resto minoritarios)	Mayoritario negocia por todos	A todos los trabajadores (eficacia general)
Varios (minoritarios)	Negocia coalición mayoritaria	A todos los trabajadores (eficacia general)
Varios (minoritarios)	No hay coalición, negocia cada uno por separado	Cada convenio a los afiliados
Ninguno	Mayoría absoluta nombra delegados	A todos los trabajadores (eficacia general)

Sujetos legitimados para negociar por rama de actividad	
Organización sindical	**Representación / efectos del convenio**
Una o varias	Agrupa(n) mayoría de empresas y trabajadores del sector: eficacia general
Una o varias	Si es (son) minoritaria(s) cada una negocia por separado y representa únicamente a sus afiliados: eficacia limitada
Ninguna	No hay obligación de negociar

Fuente: LRCT y su reglamento. Elaboración: propia.

Fondo Editorial PUCP

3.3.2 Derecho de información

El artículo 55 de la LRCT y el artículo 38 de su reglamento establecen que, antes de la presentación del pliego de reclamos, les asiste a los representantes de los trabajadores el derecho de solicitar a sus empleadores la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa. La información que se proporcione será determinada de común acuerdo entre las partes. Si no hubiese acuerdo, la AAT precisará la información básica que debería ser facilitada. Este derecho debería permitir que la negociación se desenvuelva bajo criterios objetivos y con pretensiones que correspondan a la verdadera situación económica-financiera del empleador. No obstante, la forma como está concebido este derecho en la propia LRCT le ha restado utilidad como herramienta de negociación. Los problemas principales que presenta en su regulación el derecho de información para la negociación son, entre otros, la falta de definición del tipo de documentación que debe ser proporcionada a la sola solicitud por parte de los representantes de los trabajadores, o a la amplitud con la que ha concebido el derecho de veto otorgado al empleador —es decir, la facultad que se le otorga para negarse a suministrar la información cuya divulgación pudiera considerar perjudicial para los intereses de la empresa—, y la falta de sanción al empleador ante el incumplimiento de suministrar información en forma oportuna y completa. Esto último se ha corregido recién con la dación del reglamento de la LIL pues, como ya se adelantó, esta norma establece que es infracción muy grave la negativa del empleador de suministrar información a los representantes de los trabajadores para negociar colectivamente.

Todo esto ha generado, en algún momento, por un lado, la falta de interés de los representantes de los trabajadores en solicitar información; y de otro, la entrega incompleta o fuera de plazo por parte del empleador de la información que le es solicitada o, sencillamente, la negativa de este de suministrarla a los representantes de los trabajadores. Esto permite establecer que, en gran parte de las negociaciones colectivas, los pliegos de reclamos son elaborados por la representación laboral sin contar con información adecuada.

Consideramos que se incurrirá en esta infracción no solo cuando el empleador se niegue a suministrar información —usando, por ejemplo, indebidamente su derecho de veto—, sino también cuando no la entregue en la oportunidad que corresponda o, de hacerlo, lo haga en forma incompleta.

3.3.3 Recepción del pliego de reclamos e inicio de la negociación

Ya se ha visto que el derecho de negociación conlleva la obligación de negociar para la parte empresarial, obligación que, además, como también se ha dicho, tiene que

Fondo Editorial PUCP

ejecutarse de buena fe. Esto no supone, sin embargo, la imposición de una obligación de convenir, por lo que el empleador podría no llegar a un arreglo determinado con la contraparte laboral. Pero lo que sí se le exige al empleador, y también a la representación de los trabajadores, es que hagan los esfuerzos necesarios y razonables que estén a su alcance para arribar a un acuerdo. Una consecuencia lógica de la obligación de negociar es la obligatoriedad de la recepción del pliego de reclamos presentado por la parte laboral, ya que sin este trámite no será posible dar inicio a la negociación directa entre las partes.

El rechazo del pliego de reclamos es el primer indicador del grado de conflictividad existente en una negociación colectiva. El artículo 54 de la LRCT establece que la recepción del pliego de reclamos es obligatoria, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable, como cuando, por ejemplo, el sindicato que lo presenta no se encuentra legitimado para hacerlo[9], o cuando se pretende presentar el pliego antes de la fecha que corresponde hacerlo[10]. En estos casos, la oposición o rechazo del pliego de reclamos debe hacerse dentro del plazo de los diez días calendario que tiene el empleador para la instalación de la negociación directa, ya que en caso contrario, es decir, si la oposición al pliego se produce con posterioridad a dicho plazo, esto pondría en evidencia la intención de dilación de la negociación y un comportamiento antisindical del empresario, que calificaría como una infracción muy grave. Estos casos se tramitan ante la AAT, la misma que tiene el deber de resolverlos con celeridad, a fin de evitar dilaciones innecesarias en el inicio de la negociación (Boza y Canessa 2000: 217).

Muchas veces el problema no se encuentra en la recepción del pliego de reclamos, sino, una vez recibido este, en la falta de instalación de la negociación directa. Según el citado artículo 57 de la LRCT, la negociación directa se debe iniciar dentro de los diez días calendario de presentado el pliego de reclamos. Ocurre que, en ocasiones, la instalación se realiza fuera del plazo legalmente establecido o, sencillamente, la instalación no se produce nunca. Esta situación, sin embargo, no está tipificada como infracción. Por tanto, si bien los representantes de los trabajadores siempre tendrán la posibilidad de dar fracasada la etapa del trato o negociación directa y pasar a la siguiente fase, esto no resuelve el problema de fondo, que es el incumplimiento de la norma y la concurrente vulneración del derecho de negociación colectiva sin que haya sanción alguna para el infractor. Por ello, se hace necesario revisar la idoneidad de dicho plazo o establecer alguna sanción administrativa por incumplimiento del mismo, a fin de otorgar mayor celeridad al proceso negocial (Boza y Canessa 2000: 217).

[9] Véase la imagen 8.

[10] Véase la imagen 7.

Fondo Editorial PUCP

3.3.4 Fracaso de la negociación directa: ¿arbitraje voluntario o arbitraje unilateral en la LRCT?

En el ámbito de las relaciones laborales es posible identificar, esencialmente, tres clases de arbitraje: voluntario, obligatorio y unilateral. El arbitraje voluntario es aquel en que las partes deciden, de común acuerdo, someter la controversia a un tercero designado por ellas mismas. El arbitraje obligatorio, por su parte, es aquel impuesto a las partes por el Estado, debiendo aquellas acudir necesariamente a un tercero para la solución del conflicto. Finalmente, el arbitraje unilateral, también conocido como potestativo o voluntario vinculante, es aquel por el cual una disposición, heterónoma o autónoma, faculta a una de las partes la posibilidad de someter el conflicto a un tercero, quedando obligada la otra parte a dicho sometimiento.

Se suele confundir el arbitraje unilateral con el obligatorio, debido a que no existe consenso de las partes, sino únicamente la decisión de una de ellas al momento de someter el conflicto a un tercero. Pero la diferencia sustancial consiste en que el arbitraje obligatorio es impuesto indefectiblemente a las partes cuando el conflicto no ha sido resuelto por ellas mismas; mientras que en el arbitraje unilateral o potestativo no hay una imposición automática, ya que siempre queda la posibilidad de que la parte facultada para someter el conflicto a un tercero no lo haga (Boza y Canessa 2000: 221). ¿Es este último tipo de arbitraje el que ha sido recogido por la LRCT?

La LRCT señala en su artículo 61 que ante el fracaso de la negociación directa, «podrán las partes someter el diferendo a arbitraje». Por su parte, el reglamento en el primer párrafo del artículo 46 establece que al término de la negociación directa o de la conciliación, de ser el caso, conforme al artículo 61 de la ley, «cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga». Las disposiciones antes descritas —la ley con mayor claridad que el reglamento— parecen recoger el arbitraje voluntario vinculante (potestativo). En ese sentido, cualquiera de las partes puede someter la controversia a arbitraje —con lo que sería de carácter voluntario— pero vinculando la decisión de los trabajadores al empleador.

Inicialmente, la AAT se pronunció por el arbitraje unilateral en favor de los trabajadores. No obstante, desde hace muchos años atrás, esta se viene pronunciado uniformemente por la opción del arbitraje voluntario, por lo que resulta insuficiente la solicitud unilateral de los trabajadores para exigir la suscripción del compromiso arbitral que de inicio al arbitraje. Esta situación, dentro del marco de un modelo negocial disyuntivo propuesto por la LRCT: huelga o arbitraje —como últimos medios para la solución de la negociación colectiva—, plantea un tercer escenario: el conflicto abierto, es decir, la posibilidad que las negociaciones no culminen en

Fondo Editorial PUCP

una solución concluyente (Boza y Canessa 2000: 222). En definitiva, la negativa del empleador de someterse al arbitraje propuesto por la representación laboral no califica como infracción en la LIL.

Finalmente, en el caso que los trabajadores hubiesen optado por ejercer el derecho de huelga, la LRCT establece que para someter el diferendo a arbitraje se requerirá la aceptación del empleador (artículo 63), que puede ser expresa o tácita, según precisa el reglamento de la ley (artículo 47). No existe la menor duda que estamos aquí ante un supuesto de arbitraje voluntario. Tal vez habría que resaltar que este precepto, concordado con el artículo 61 de la ley, reforzaría la interpretación de que este último consagra el arbitraje unilateral, en razón de que no tendría sentido establecer la misma figura jurídica en dos artículos, a pesar de que actúen en dos momentos diferentes (Boza y Canessa 2000: 222).

3.4 Derecho de huelga

3.4.1 Derecho humano de aplicación inmediata

Con relación al derecho de huelga, merece la pena rescatar el reconocimiento que de él hace el TC como derecho humano. Y si bien no se trata de un derecho absoluto, como también enfatiza el propio TC, y requiere de desarrollo legislativo a fin de hacerlo compatible con el ejercicio de otros derechos, su falta de regulación no puede esgrimirse como un impedimento para su ejercicio efectivo por parte de sus titulares[11]. Esta concepción del derecho de huelga nos sugiere, al menos, dos reflexiones: la primera, la posibilidad de aplicar el principio *pro persona (pro homine)*, como método particular de interpretación de todo derecho humano, además de su interpretación conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. No obstante, la puesta en práctica de estas disposiciones al derecho de huelga podría resultar más aparente que real.

Debe tenerse presente que, salvo la referencia genérica al derecho de huelga en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (artículo 8.1.d) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8.1.b), no existen tratados específicos, incluso convenios internacionales de trabajo, o jurisprudencia de tribunales internacionales que desarrollen el derecho de huelga. Como se ha visto, la huelga es una manifestación esencial de la libertad sindical y su

[11] STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 40, párrafos 9 y 10.

Fondo Editorial PUCP

reconocimiento está implícito en la normativa internacional del trabajo (Convenio N° 87, artículo 3.1.). Y si bien su desarrollo se ha ido realizando a partir de reiterados pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, así como de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ninguno de estos dos órganos de control del cumplimiento de la normativa internacional del trabajo ejerce jurisdicción ni sus decisiones tienen carácter vinculante. De ahí que cobre importancia la aplicación del principio *pro persona*, plenamente arraigado en la normativa y jurisprudencia internacional, y «según el cual las normas que protegen los derechos de los individuos deben siempre recibir la interpretación que más favorezca a estos» (Salmón 2004: 45).

La segunda consideración apunta a la necesaria delimitación del marco constitucional del derecho de huelga. Si bien compartimos con el TC que el ejercicio de este derecho no está supeditado a su desarrollo normativo, lo que hace de este derecho uno de exigibilidad inmediata, resulta cuando menos conveniente que la jurisprudencia del Alto Tribunal establezca con claridad ciertos lineamientos que permitan identificar la clase de derecho reconocido en la Constitución. Mayor razón existe para ello si, como ocurre en nuestro caso, la normativa infraconstitucional que desarrolla este derecho (la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) y su reglamento) ha sido calificada de restrictiva y ha merecido numerosas observaciones por parte de los órganos de control de la OIT, y que a la fecha no han sido levantadas del todo. Como ya hemos adelantado, el TC omitió pronunciarse sobre diversos aspectos del derecho de huelga relacionados con el caso de autos. Y aunque con anterioridad ha fijado posición sobre determinados aspectos de este derecho, no lo ha hecho con la claridad y el rigor deseado, como veremos en las líneas siguientes.

3.4.2 Concepto y modalidades de huelga

En la sentencia recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, el TC parece apostar, en principio, por un modelo clásico de huelga al sostener que debe entenderse por huelga «el abandono temporal con suspensión colectiva de las actividades laborales»[12]. No obstante, a renglón seguido cita al constitucionalista Enrique Álvarez Conde, según el cual la huelga supone una «[…] perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de voluntades por parte de los trabajadores»[13]. Y concluye que el ejercicio del derecho de huelga faculta a los trabajadores a «desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales,

[12] Fundamento 40, tercer párrafo.

[13] Fundamento 40, cuarto párrafo.

Fondo Editorial PUCP

a efectos de poder alcanzar algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales»[14]. Como se aprecia, estas dos últimas consideraciones del TC suman más bien a favor de una concepción moderna o polivalente de la huelga, definida como «el incumplimiento colectivo y concertado de la prestación laboral debida, adoptada como medida de conflicto» (Ojeda 2003: 478), pero que resulta contraria, evidentemente, a la postura inicial esbozada por el propio TC.

Esta no es una cuestión baladí, por el contrario, es fundamental que se fije con absoluta claridad cuál es el concepto o modelo de huelga consagrado en la Constitución, pues ello permitirá evaluar la validez del desarrollo infraconstitucional del derecho de huelga, con relación a su ejercicio y a la posibilidad de adoptar modalidades de huelga que difieran de la tradicional. En este punto, la LRCT opta claramente por un modelo de huelga. En efecto, los artículos 72 y 81 de ese cuerpo normativo solo permiten recurrir a la forma tradicional de huelga, definiéndola, de un lado, como la cesación de la actividad laboral con abandono de centro de trabajo decidida mayoritariamente por los trabajadores y prohibiendo expresamente, de otro, el uso de modalidades atípicas o irregulares (con o sin interrupción de la actividad), las que se califican *a priori* de ilegales, sin permitir su justificación en un caso concreto. De otro lado, algunas de las modalidades irregulares de huelga son consideradas como falta grave por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL, artículo 25º, incisos a, b y f), como ocurre con la disminución deliberada del ritmo de trabajo —huelga a ritmo lento o trabajo a desgano— o de la calidad de la producción —huelga de trabajo arbitrario—, la toma de locales —huelga con ocupación de centro de trabajo—, o la adopción de la medida de fuerza sin previo aviso —huelga intempestiva—.

Según el TC, dentro de las atribuciones vinculadas al derecho de huelga aparece «la facultad de determinar la modalidad de huelga, esto es —según el Tribunal—, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado»[15]. Una vez más aparece reflejada la falta de claridad en el pronunciamiento del TC, pues se confunde la duración de la medida de fuerza con la forma que puede adoptar esta. La modalidad se refiere, estrictamente, a la manera que decidirán los trabajadores de llevar a cabo la huelga de cara a lograr el éxito de dicha medida. Si lo que se pretende es que la huelga sea eficaz, y no otro parece —ni debería— ser el objetivo de los trabajadores, acudir a la forma tradicional de huelga podría no serlo. Por eso, la praxis sindical abandonó

[14] Fundamento 40, quinto párrafo.

[15] STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 41, párrafo 4.

Fondo Editorial PUCP

hace mucho tiempo el uso de la modalidad tradicional de huelga, cuando entendió que dicha medida, en un caso concreto, no sería exitosa.

Ahora bien, el TC, haciendo eco de cierta jurisprudencia comparada, refiere que la huelga debe ser convocada tomando en consideración «la existencia de proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico paras las partes en conflicto». Se recoge así la teoría de la correlatividad de los sacrificios, según la cual debe existir un correlato «entre el costo de la obligación de prestar el trabajo, que deriva de la huelga, y el costo de la obligación de retribuir» (Garófalo 1990: 41-42), de modo tal que la medida de presión podría calificar de injusta o desproporcionada si, por la modalidad utilizada, inflige al empleador un daño superior a aquel que necesariamente sería inherente a la pérdida o falta de utilidades, como consecuencia de la suspensión de la prestación debida por los trabajadores y que, en principio, debía ser compensada con la falta de pago a los huelguistas.

Ciertamente, la huelga supone la voluntad de causar un daño económico al empleador, generando una desorganización de la empresa y de su capacidad productiva (Matia 1982: 123). Es este un elemento consustancial a la medida de fuerza que, como ha quedado dicho, busca también ser eficaz, al tener como finalidad satisfacer los intereses de los huelguistas o, para decirlo en los términos del TC, por ser «un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores»[16]. En ese sentido, no siempre será una tarea fácil ponderar el equilibrio o proporcionalidad exigidos de la medida, porque como ha puesto de manifiesto la doctrina más calificada, determinar cuándo estamos ante una «huelga normal», porque causa un «daño normal», o cuándo es «anormal», porque causa un «daño injusto» o «desproporcionado», nos remite a conceptos cuantitativos o absolutamente indeterminados que quedarán sujetos, finalmente, al mero arbitrio del intérprete[17]. Pero, en cualquier caso, este sí será un elemento determinante para calificar una medida de fuerza como legítima o ilegítima, lo que impedirá descartar de plano o *a priori* la adopción de modalidades de huelga distintas a la clásica.

Siguiendo la lógica del TC, debería permitirse la adopción de estas modalidades —hoy prohibidas por el artículo 81 de la LRCT—, siempre que las mismas no resulten desproporcionadas en el caso concreto o, al menos —si seguimos la jurisprudencia constitucional española—, presumirlas ilícitas, pero permitir a los trabajadores demostrar, en cada oportunidad, la proporcionalidad de la medida. No debe descartarse la posición del Comité de Libertad Sindical de la OIT, según el

[16] STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 40, párrafo 5.

[17] Lo que ha sido puesto en relieve en las obras de autores italianos como Giugni (1992: 239) y Garófalo (1990: 42).

Fondo Editorial PUCP

cual y en directa referencia a los artículos 81 y 84 de la LRCT, deben ampararse «las modalidades de huelga tales como la paralización intempestiva, el trabajo a desgano, a reglamento, entre otras, limitándose su ejercicio solo en los casos en los que dejasen de ser pacíficas dichas medidas».

3.4.3 Titularidad y ejercicio del derecho de huelga

En el tema de la titularidad del derecho de huelga parece haber también ciertas confusiones. Según el TC, la doctrina tiene opiniones dispares sobre a quién le corresponde la titularidad del derecho: a «los trabajadores en sentido lato» o a «los trabajadores adscritos a una organización sindical»[18]. En rigor, la discusión doctrinal se ha centrado en establecer la naturaleza individual o colectiva del derecho de huelga, debido a que, si bien estamos ante un derecho humano y, en esa medida, debe ser adjudicado en esencia a personas individuales, no puede por ello perderse de vista su impronta colectiva, al tratarse de una medida de conflicto colectivo promocionada y ejecutada, principalmente, por una organización sindical. Esto ha llevado a la doctrina mayoritaria a distinguir entre titularidad y ejercicio del derecho de huelga. De modo tal que la pregunta que suele formularse es ¿estamos ante un derecho de titularidad individual y ejercicio colectivo, o de titularidad colectiva y ejercicio individual?

El artículo 28 de la Constitución reconoce el derecho de huelga, pero no indica quién es su titular, ¿los trabajadores o la organización sindical? Para el TC, a partir de lo establecido en los artículos 72 y 73 de la LRCT, se colige que «su ejercicio corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical». Citando a Elías Mantero añade el TC que son los trabajadores en general y no la asamblea sindical los que acuerdan la huelga[19]. En esta argumentación hay, sin duda, algunas inconsistencias. En primer lugar, hubiese sido deseable que el TC se pronunciara sobre la titularidad del derecho de huelga y de su ejercicio, no a partir del reconocimiento legal del mismo, sino de la concepción que se tiene de este derecho en sede constitucional y del rol que se le desee —o deba— asignar dentro de un Estado social y democrático de derecho como el peruano, que postula, entendemos, un sistema democrático y plural de relaciones laborales. En segundo lugar, se requería una valoración de la LRCT a partir del marco constitucional de la huelga —y no a la inversa— porque, como se ha apuntado líneas arriba, la LRCT ha merecido múltiples cuestionamientos, particularmente en materia de huelga.

[18] STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 41, párrafo 1.

[19] STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 41, párrafos 3 y 4.

Fondo Editorial PUCP

No resulta criticable que la decisión de la huelga recaiga en el trabajador. Compartimos con el TC que el trabajador debe decidir libremente participar en un movimiento reivindicatorio. No obstante, parece exagerado que se exija el concurso de todos los trabajadores en el ámbito respectivo para adoptar una medida de fuerza, cuando la medida va a afectar un colectivo más reducido, por ejemplo, cuando el conflicto alcanza exclusivamente a un sindicato minoritario que se encuentre negociando un convenio colectivo de eficacia limitada, o que, por esta vía, se establezca la abstención de labores de aquellos trabajadores que votaron en contra de la medida de fuerza, cuando no les alcanza el conflicto ni el resultado del mismo.

En cualquier caso, y de cara a evaluar la LRCT, habría que señalar que la clásica definición de la huelga como un «derecho de titularidad individual y de ejercicio colectivo», ha sido replanteada desde hace algún tiempo por un sector de la doctrina, por cuanto es posible encontrar en la práctica sindical y en la propia legislación manifestaciones o facultades que le pueden ser reconocidas indistintamente tanto a los trabajadores a título individual como a la organización sindical. Así, manifestaciones de la titularidad individual serían la adhesión a la huelga o la decisión de darla por concluida, mientras que manifestaciones de la titularidad colectiva serían la convocatoria de la huelga (que por lo general realiza la organización sindical, pero podría recaer en los trabajadores), la administración de la medida de fuerza y la negociación del conflicto, así como la decisión de dar por concluido el mismo. Lo anterior pone de relieve la naturaleza compleja del derecho de huelga, lo que ha llevado a postular que, en sentido estricto, estamos ante un derecho de titularidad diferenciada, porque determinados aspectos o manifestaciones se reconocen y ejercitan individualmente y otras en forma colectiva[20].

A partir de lo expresado por el TC, la titularidad y el ejercicio del derecho de huelga recaen en los trabajadores. Esta postura, haciendo suyo lo establecido en la LRCT, parece inscribirse en la concepción no orgánica o individual, pues la decisión de adoptar la medida de fuerza (artículos 72 y 73, inciso b), adherirse a ella (artículo 73, inciso b), ratificarla (artículo 80) o darla por terminada (artículo 85, inciso b) corresponde a los trabajadores. No obstante, es posible encontrar algunas manifestaciones de titularidad colectiva en la propia LRCT, como la decisión inicial, posteriormente ratificadas por las bases, de adoptar una huelga de alcance supra empresarial (artículo 73, inciso b), la decisión de finalizar la medida de conflicto (artículo 85, inciso a) o la participación en la determinación de los servicios de mantenimiento y servicios mínimos cuando la huelga afecte servicios esenciales de la

[20] STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 40, párrafo 2.

Fondo Editorial PUCP

comunidad (artículo 82). En general, la promoción o convocatoria de la huelga y la administración del conflicto corresponderán a la organización sindical.

3.4.4 Huelga y derechos de terceros

Un tema importante, pero que lamentablemente no ha merecido la atención debida por parte del TC, está referido a la posible afectación de los derechos de terceros como consecuencia de la huelga. El Tribunal se ha limitado a señalar que el derecho de huelga «comporta el respeto de los derechos de terceros, en particular del empleador. En tal sentido, nuestro sistema jurídico proscribe, prohíbe y sanciona los actos violentos y aquellos que puedan configurar delitos». Este procedimiento lo hizo en el contexto de un proceso de amparo iniciado por dirigentes y militantes sindicales que habían sido despedidos por su participación en una huelga que, según sostuvo el empleador, devino en actos de violencia contra personas y bienes de la empresa, promovidos y realizados por piquetes conformados por dichos trabajadores. Por tanto, una situación como esta ameritaba, desde nuestro punto de vista, un pronunciamiento del TC sobre temas directamente vinculados a los hechos expuestos, como la validez de los piquetes de huelga, la posibilidad de negar el acceso al centro de trabajo de los no huelguistas y los derechos de estos, o la posibilidad del empleador de contratar trabajadores para sustituir a los huelguistas.

Con relación a los piquetes de huelga, habría que decir que se trata de una típica expresión de la huelga, a pesar de no tener una regulación expresa en la LRCT. Esto no significa que estén prohibidos, pero tampoco que sea lícito cualquier tipo de piquete. Nos explicamos. Se conciben, básicamente, dos clases de piquetes: el llamado piquete defensivo o informativo, que tiene por finalidad informar y presionar a trabajadores y opinión pública sobre la medida de fuerza adoptada, mediante pancartas, volantes, reuniones, etcétera. De otro lado, está el piquete ofensivo o coactivo, que utilizando la amenaza o la violencia física, tiene como objetivo impedir el acceso o la salida del centro de trabajo.

Consideramos que el piquete informativo es absolutamente lícito. Se trata de una medida funcional a la huelga que persigue dotar de eficacia dicha medida y que es, además, una manifestación de otros derechos reconocidos constitucionalmente como las libertades de expresión, pensamiento y reunión: derechos laborales calificados como inespecíficos, porque se le reconocen al trabajador en su calidad de ciudadano y no de asalariado, pero que cada vez van cobrando mayor relevancia en el ámbito de las relaciones laborales. De ahí la necesidad de garantizar el ejercicio de estas y otras libertades públicas y derechos fundamentales en sede laboral, como una forma de asentar un sistema de relaciones laborales con rasgos democráticos y de garantizar un ejercicio más pleno de la libertad sindical en todos sus aspectos.

Fondo Editorial PUCP

El piquete coactivo, por su parte, raya en el terreno de lo ilícito, tanto en el plano laboral como penal, porque supone violentar o intimidar física o verbalmente a los no huelguistas con la finalidad de torcer su voluntad y que se plieguen a la huelga o, al menos, que se abstengan de trabajar mientras dure la medida de fuerza. No obstante, cabría distinguir la persuasión —que debería admitirse— de la coacción o intimidación, en la medida que aquella se considera parte del contenido del piquete informativo y que este no debe entenderse como mera publicidad de la huelga (Sala y Albiol 2003: 409). Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que:

> El solo hecho de participar en un piquete de huelga y de incitar abierta, pero pacíficamente, a los demás trabajadores a no ocupar sus puestos de trabajo no puede ser considerado como acción ilegítima. Pero es muy diferente cuando el piquete de huelga va acompañado de violencias o de obstáculos a la libertad de trabajo por intimidación a los no huelguistas […]. En definitiva, los piquetes de huelga que actúan conforme a ley no tendrían que ser objeto de trabas por parte de las autoridades públicas justificándose su prohibición sólo si perdiesen su carácter pacífico, como cuando perturban el orden público y amenazan a los trabajadores que continúan trabajando (OIT 2006: 139).

Otro tema importante, y que ha sido analizado por el TC, es el relativo a la individualización de las faltas en las que puedan incurrir los trabajadores con ocasión de una huelga. Y es que la responsabilidad que se impute a los trabajadores sancionados no puede diluirse en una suerte de responsabilidad colectiva. La imputación de una falta laboral —que puede suponer incluso un ilícito penal— exige la identificación del infractor, aun cuando aquella pueda haberse cometido en forma grupal. Así lo ha entendido, con buen criterio, el TC al resolver un caso en el que una empresa, lejos de determinar las responsabilidades individuales vinculadas a los hechos concretos, atribuyó, abstracta y subjetivamente, la responsabilidad de los daños que se le habían ocasionado a la totalidad de la dirigencia sindical y a otros trabajadores sindicalizados[21]. Según el Alto Tribunal, esto puso en evidencia la voluntad empresarial de realizar «un despido masivo y simultáneo» contra los dirigentes sindicales y algunos afiliados al sindicato demandante, vulnerándose así la dimensión colectiva de la libertad sindical. Este acto lesivo, concluye la sentencia citada, impidió la participación de dirigentes y afiliados en las actividades sindicales y afectó seriamente el funcionamiento del sindicato[22]. Por eso, la dimensión colectiva de la libertad sindical supone una «protección especial de los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos,

[21] STC Del 5 de enero de 2006, recaída en el expediente N° 3311-2005-PA/TC, fundamento 12.

[22] Fundamento 16.

Fondo Editorial PUCP

libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses»[23]. Lo que lleva a que, «todo acto lesivo, no justificado e irrazonable que afecte colectivamente a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, deberá ser reparado».

El TC sostiene, por otro lado, que la convocatoria a una huelga debe garantizar que no se imponga la participación en dicha medida a los trabajadores que discrepen de la misma[24]. Habría que preguntarse, sin embargo, si esto apunta a proteger una suerte de aspecto negativo del derecho de huelga, entendido como el derecho de los no huelguistas de no ser obligados a sumarse a la medida de fuerza o si, por el contrario, se trata del reconocimiento del derecho de libertad de trabajo que tendrían aquellos trabajadores que decidieron no plegarse a la huelga, de continuar trabajando. La libertad de trabajo se encuentra consagrada en los artículos 2, inciso 15 y 59 de la Constitución, y consiste en el derecho de toda persona de decidir si trabaja o no, en qué actividad productiva y para quién lo hace[25]. Se trata, en palabras del TC, de una facultad irrestricta que debe ejercerse «sin impedimentos constitucionales, ilegales o irrazonables, por parte del Estado o de particulares»[26]. Por ese motivo, suele sostenerse que, impedir o negar el acceso de los no huelguistas al centro de trabajo con ocasión de una huelga, implicaría una vulneración de su derecho fundamental a la libertad de trabajo[27]. La misma razón ha llevado a criticar u objetar los piquetes de huelga[28] tratados anteriormente.

No obstante, cabe aquí formular algunas interrogantes: ¿está en juego realmente la libertad de trabajo de los no huelguistas o simplemente la dimensión negativa del propio derecho de huelga?, ¿es idéntica la situación de los no huelguistas que la de los esquiroles?, ¿la eficacia de la medida de fuerza adoptada mayoritariamente, debe prevalecer sobre la minoría que decide no plegarse a la huelga?, ¿cómo entender las disposiciones de la LRCT (artículo 77, inciso a) y del reglamento (artículo 70), según las cuales la huelga, declarada en observancia de la ley, determina la abstención total de las actividades de los trabajadores en ella comprendidos?

---

[23] Fundamento 12.

[24] STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 41, párrafo 5.

[25] En ese sentido se pronuncia Neves (2009: 24). Asimismo, es posible encontrar un análisis detenido de este derecho en Quiñones Infante, Sergio (2007). *La libertad de trabajo: principio y derecho fundamental en la relación laboral*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú/Palestra editores (colección Derecho PUCP), pp. 62-70.

[26] STC del 16 de octubre de 2001, recaída en el expediente Nº 1290-1999-AA/TC, fundamento 4.

[27] Descartamos que el conflicto se produzca con el derecho al trabajo, por tener este derecho un contenido diferente. En efecto, el derecho al trabajo supone el derecho de obtener un puesto de trabajo, conservarlo y progresar en él.

[28] Puede consultarse en Sala y Albiol (2003: 409 y ss.).

Fondo Editorial PUCP

Con relación a la primera interrogante, consideramos que el tema no debe plantearse en términos de un conflicto entre el derecho de huelga y la libertad de trabajo. En ese sentido, cuando un piquete intenta conseguir que los no huelguistas dejen de prestar servicios y se plieguen a la medida de fuerza, dichos trabajadores no podrían invocar su derecho a la libertad de trabajo para continuar trabajando, como si el conflicto colectivo no existiese (Pérez 2006: 38). Si el conflicto colectivo existe y se ha exteriorizado, es en este contexto que deben medirse las pretensiones de los trabajadores involucrados en la huelga. Así, los huelguistas, en aras de conseguir la mayor eficacia de la huelga, tienen todo el derecho de tratar de ganar a su causa a los no huelguistas y estos, por su parte, tienen plena libertad de sumarse o no a la medida de fuerza.

Por tanto, el dilema se circunscribe en optar entre el ejercicio del derecho de huelga propiamente —ir a la huelga, apoyar la medida— y la facultad de no ejercitarlo o, lo que es lo mismo, de no ir a la huelga o no apoyar dicha medida (Sala y Albiol 2003: 409). Esto supondría reconocer dos dimensiones del derecho de huelga[29]: una positiva, que consistiría en el ejercicio o participación activa en la medida de fuerza, conforme a la modalidad decidida por los trabajadores; y otra negativa, consistente en la facultad de los trabajadores, en ejercicio del propio derecho de huelga, de no plegarse a la medida de presión, pero que no los habilita a continuar cumpliendo con la prestación debida al empleador.

Ahora bien, el ejercicio de un derecho cualquiera no tiene que significar la afectación de otros derechos. Y esto es lo que ocurriría si en el curso de un proceso de huelga, se pretendiese, por medio de la coacción —comprende, por tanto, solo a los piquetes ofensivos—, que los trabajadores que no votaron por la huelga acaten la medida de fuerza, vulnerándose de este modo el propio derecho de huelga. Esta es una posición claramente asumida por el TC, cuando sostiene que «el ejercicio de la huelga comporta el respeto de los derechos de terceros»[30], debiendo desarrollarse sin violencia sobre las personas o bienes, con la participación de los trabajadores que hayan decidido libremente hacerlo y sin que se imponga a los trabajadores discrepantes con la medida de fuerza[31].

Por eso nos preguntábamos también por la validez de la normativa infraconstitucional que determina la abstención total de las labores cuando la huelga cumple con los requisitos por ella establecidos, entre los que destaca que la decisión haya sido adoptada mayoritariamente por los trabajadores del ámbito respectivo (artículo 77,

[29] Lo que en rigor, puede sostenerse de cualquier derecho, es decir, si entendemos que todo derecho tiene un aspecto activo (ejercitarlo) y otro pasivo (no ejercitarlo).

[30] STC Del 5 de enero de 2006, recaída en el expediente N° 3311-2005-PA/TC, fundamento 18.

[31] STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 0008-2005-PI/TC, fundamentos 40, párrafos 1 y 2; y 41, párrafo 5.

Fondo Editorial PUCP

LRCT)[32]. Queda clara la opción del legislador de hacer prevalecer la voluntad de la mayoría sobre la minoría. Esta opción, además de responder a criterios democráticos, supone una medida de refuerzo de la eficacia de la huelga. No obstante, dicha posición es atendible cuando el conflicto es de ámbito estrictamente sindical, por ejemplo, como consecuencia de la negociación frustrada de un convenio colectivo de eficacia limitada, pero no cuando el ámbito tiene un alcance mayor, por ejemplo, todos los trabajadores de la empresa, estén sindicalizados o no. Esta situación se ha clarificado con la reciente modificación del artículo 62 del reglamento por vía del decreto supremo 024-2007-TR. Conforme a la nueva redacción del indicado precepto, la organización sindical podrá declarar la huelga en la forma que expresamente determinen sus estatutos, siempre que dicha decisión sea adoptada, al menos, por la mayoría (mitad más uno) de los afiliados asistentes a la asamblea. En tal caso, precisa el inciso b del citado artículo 62, la huelga tiene como efecto suspender la relación laboral de los trabajadores del sindicato.

La situación de los esquiroles es menos controvertida que la que se acaba de analizar. En efecto, el esquirolaje es una práctica empresarial en virtud de la cual se contrata temporalmente a trabajadores no vinculados a la empresa para que sustituyan a los trabajadores huelguistas mientras dure la huelga (Sala y Albiol 2003: 410). Resulta evidente que se trata de una práctica contraria al derecho de huelga, y que su finalidad es restarle eficacia a la medida de fuerza. Por esa razón se encuentra expresamente prohibida en nuestro ordenamiento. En efecto, el artículo 70º del reglamento de la LRCT establece que cuando la huelga sea declarada observando los requisitos legales de fondo y forma «el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga». Visto así, no cabe plantearse una relación de conflicto entre el derecho de huelga y la libertad de trabajo de los esquiroles[33]. El reconocimiento de la huelga como derecho y su consecuente garantía suponen,

[32] No estamos pensando en los trabajadores de dirección y de confianza, los que, por mandato de la LRCT, se encuentran excluidos del ejercicio de los derechos de naturaleza colectiva. El artículo 77, inciso a de la LRCT señala expresamente que la huelga no alcanza al personal de dirección y de confianza, lo que parece lógico en el primer caso —por encontrarnos ante representantes del empleador—, pero de dudosa constitucionalidad en el caso de los trabajadores de confianza. En cualquier caso, la calificación que se haga de esta clase de trabajadores debería ser restrictiva. Tampoco quedan comprendidos el personal que requiere seguir trabajando para garantizar los servicios de seguridad y mantenimiento, así como el funcionamiento de los servicios mínimos cuando la huelga afecta a alguna entidad que brinda un servicio esencial para la comunidad. Al respecto, señala el TC que «la huelga debe ejercerse en armonía con el interés público, que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto» (STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 42, párrafo 4).

[33] Véase en Quiñones Infante, Sergio (2007). *La libertad de trabajo: principio y derecho fundamental en la relación laboral*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú/Palestra editores (colección Derecho PUCP), p. 132. Asimismo, véase los autores por él citados.

Fondo Editorial PUCP

más bien, la negación del esquirolaje como una práctica empresarial válida, ya que su aceptación significaría una afectación grave del derecho de huelga, a tal punto de vaciarlo de contenido. Por tanto, consideramos la contratación de esquiroles como un acto antisindical que justifica, al menos en sede administrativa, la intervención de la Autoridad de Trabajo a fin de que establezca las medidas correctoras correspondientes. En ese sentido, el artículo 25.9 del Decreto Supremo 019-2006-TR, reglamento de la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (LGIT), establece como infracción muy grave en materia de relaciones laborales la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, entre ellos «la sustitución de trabajadores en huelga». Conforme al artículo 39º de la LGIT, dicha infracción será sancionada con una multa máxima de veinte unidades impositivas tributarias.

Ahora bien, el propio precepto anteriormente citado recuerda que la paralización no alcanza al personal que se requiera para los servicios de seguridad y mantenimiento de la empresa, así como al personal que debe garantizar la continuidad de los servicios mínimos en caso de huelga en servicios esenciales para la comunidad. Por tanto, ante el incumplimiento de esta disposición por parte de los trabajadores llamados a continuar prestando servicios, consideramos que el empleador quedaría habilitado para contratar personal de reemplazo exclusivamente de aquellos trabajadores.

Cabe precisar, no obstante, que atendiendo a su finalidad, debe darse a los denominados servicios de seguridad y mantenimiento un carácter necesariamente restrictivo. Es decir, deben responder, estrictamente, a garantizar la seguridad de las personas y las cosas, el mantenimiento de las instalaciones y maquinarias de la empresa, así como permitir la reanudación inmediata de las actividades una vez finalizada la huelga, pero no podrían ser utilizados como una forma de neutralizar la medida de fuerza por parte del empleador. Por tanto, estos servicios solo se justificarán «cuando el paro pueda comprometer derechos ligados a la vida o la integridad de las personas o cuando pongan en peligro la continuidad de la actividad empresarial como exigencia derivada de la libertad de empresa», lo que habrá de ser analizado en cada caso (Pérez 2006: 40)[34].

[34] Como precisa el mismo autor —comentando la norma española, muy similar a la nuestra—, el establecimiento de los servicios en cuestión, al constituir un límite externo al derecho de huelga, «lejos de encontrar aplicación automática, requiere justificar en atención al caso en concreto la existencia de derechos o bienes constitucionalmente protegidos cuya preservación haga imprescindible introducir límites al ejercicio del derecho de huelga; límites, además, que en atención al principio de proporcionalidad han de ser los estrictamente necesarios para la protección de los derechos amenazados por la huelga sin introducir más restricciones de las necesarias y dejando, en todo caso, a salvo el contenido esencial del derecho de huelga que constituye el límite último e infranqueable de este derecho […]» (Pérez 2006: 41). Concluye el autor que dichos límites no permiten, «ni siquiera en la más extensiva de las interpretaciones, garantizar con su concurso la actividad normal de la empresa durante la huelga, lo que sería tanto como salvaguardar la producción empresarial y no solo su capacidad productiva».

Fondo Editorial PUCP

3.5 Selección de jurisprudencia

- STC del 17 de agosto de 2009, recaída en el expediente N° 3561-2009-PA/TC, en la que se establece que el ámbito de la negociación colectiva aplicable al sector del trabajo portuario y marítimo debe determinarse mediante dos alternativas: el acuerdo directo entre las partes o (si hubiera desacuerdo) mediante el arbitraje, sin que exista declaración de huelga.
- STC del 15 de noviembre de 2007, recaída en el expediente N° 8330-2006-PA/TC, donde se establecen dos cuestiones: en primer lugar, que la dimensión plural o colectiva de la libertad sindical garantiza no solo la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados sino que también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales. En segundo lugar, el proceso constitucional de amparo es la vía idónea para tutelar el derecho a la libertad sindical —ya sea en su vertiente individual o colectiva— de los trabajadores y sindicatos, al tratarse de un derecho fundamental constitucionalmente protegido.
- STC del 23 de julio de 2004, recaída en el expediente N° 1469-2002-AA/TC, donde se consideró como un atentado contra el derecho de expresión e información del sindicato, debido a que el empleador, en forma injustificada, no les haya permitido colocar un periódico mural en la empresa.
- Sentencia del 9 de diciembre de 2005, recaída en la Casación N° 176-2005-LIMA, donde se hace referencia al fuero sindical, señalándose que este comprende a todos los miembros del sindicato en formación desde la presentación de la solicitud de registro hasta tres meses después, sin asignar otro elemento ajeno para su protección, tiene respaldo además en el derecho a la libertad sindical consagrada en el artículo 28, inciso 1° de la Constitución Política del Estado.
- Sentencia del 1 de julio de 2002, recaída en la Casación N° 135-2002-LIMA, que analiza la naturaleza del laudo arbitral, así como la vigencia y estado del convenio colectivo anterior a la celebración de dicho laudo.
- Sentencia del 4 de noviembre de 2002, recaída en la Casación N° 317-2002-LIMA, que se refiere a los efectos del convenio colectivo, señalando (en forma incorrecta) que a quien no puede ser miembro del sindicato, consecuentemente, no le pueden ser extensivos los derechos que por convenio colectivo se hayan establecido en un ámbito específico.
- Sentencia del 12 de junio de 2001, recaída en la Casación N° 292-2001-LIMA, que precisa la distinción existente entre el acto de la afiliación a un sindicato del concepto genérico actividad sindical.

Fondo Editorial PUCP

- Sentencia del 21 de junio de 1999, recaída en la Casación N° 1568-98-LA LIBERTAD, que especifica el período durante el cual el dirigente sindical es protegido por el fuero sindical: es efectivo desde el inicio de la negociación y hasta tres meses de concluida esta. Asimismo, la sentencia refiere que el hecho de que el empleador no haya basado el despido en estas causales, no es óbice para que se ampare el derecho del trabajador sindicalista.
- Sentencia del 18 de diciembre de 1997, recaída en la Casación N° 249-97-LAMBAYEQUE, donde se sostiene que los convenios colectivos son, conjuntamente con la ley, las principales fuentes de derecho en materia laboral; los alcances y beneficios de los derechos originados en estos deben determinarse conforme al texto que los contiene, el que se entiende responde a la común intención de las partes.

3.6 Bibliografía citada

Arce Ortiz, Elmer Guillermo (2009). Límites internos y externos al derecho de huelga. En *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: libro homenaje a Javier Neves Mujica.* Lima: Grijley, pp. 383-396.

Boza Pró, Guillermo y Miguel Canessa Montejo (2009). Límites internos y externos al derecho de huelga. En *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: libro homenaje a Javier Neves Mujica.* Lima: Grijley, pp. 383-396.

Cortéz Carcelén, Juan Carlos (2002). El principio de buena fe, servicios mínimos y las formas atípicas de la huelga. En *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: SPDTSS.

Ermida Uriarte, Óscar y Alfredo Villavicencio Ríos (1991). *Sindicatos en libertad sindical.* Lima: ADEC-ATC.

Franco, Julio (2001). *Negociación colectiva articulada: una propuesta estratégica*. Lima: OIT y PLADES.

Garófalo, M. G. (1990). Italia: la huelga y su jurisprudencia. Perspectivas de lucha sindical. En *El Derecho de huelga. Nuevas perspectivas en América Latina y Europa*. Caracas: FFEA/Editorial Nueva sociedad, pp. 31-60.

Garófalo, M. G. (1999). *Interessi colettivi e comportamento antisindacale dell´imprenditore.* Nápoles: Jovene Editore.

Giugni, Gino (1992). *Diritto Sindícale*. Bari: Cacucci Editore.

Giugni, Gino (2004). *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Granada: Editorial Comares S.L.

Fondo Editorial PUCP

Lovatón Palacios, David (1991). *Protección de la libertad sindical en el Perú.* Lima: IDL.

Matia Prim, Javier (1982). *El abuso del derecho de huelga. Ensayo sobre la regulación del derecho de huelga en el orden social.* Madrid: Centro Económico y Social.

Neves Mujica, Javier (2005). Derecho Colectivo del Trabajo. En *Derecho Laboral General* (Material de Enseñanza). Lima: PUCP.

Palomeque López, Manuel Carlos (2005). *Estudios sobre la huelga.* Albacete: Bomarzo.

OIT (2006). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad sindical*. Ginebra: OIT.

Ojeda Avilés, Antonio (2003). *Derecho Sindical*. Madrid: Tecnos.

Pérez Rey, Joaquín (2006). El enfrentamiento entre huelga y derecho al trabajo. (A propósito de la STC 80/2005, de 4 de abril. En *Relaciones Laborales,* n° 2, p. 38.

Quiñones Infante, Sergio (2007). *La libertad de trabajo: principio y derecho fundamental en la relación laboral.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú y Palestra editores (colección Derecho PUCP).

Sala Franco, Tomás (2006). El derecho constitucional a la negociación colectiva. En *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.* Madrid: La Ley.

Sala Franco, Tomás e Ignacio Albiol Montesinos (2003). *Derecho Sindical.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Salmón Gárate, Elizabeth (2004). *Introducción al Derecho Internacional Humanitario.* Lima: IDEHPUCP/CICR.

Vidal Salazar, Michael (2002). Libertad sindical, derecho al trabajo y estabilidad laboral en los últimos días: acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional. En *Derecho & Sociedad,* año 13, n° 19, pp. 271-279.

Villavicencio Ríos, Alfredo (1999). *La libertad sindical en el Perú.* Lima: OIT.

Villavicencio Ríos, Alfredo (2007). *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Fondo Editorial PUCP

Capítulo 4
Fuentes del derecho del trabajo (I)

Aspectos generales, fuentes estatales e internacionales

Sumario: 4.1. Introducción.- 4.2. Sistema de fuentes del Derecho. Nociones fundamentales. 4.2.1. Concepto de fuente del derecho. 4.2.1.1. Actos y hechos normativos. 4.2.1.2. Órganos productores y facultades normativas. 4.2.1.3. Concepto de norma jurídica. 4.2.1.4. Clases de normas jurídicas. 4.2.2. Estructura del sistema de fuentes del derecho. 4.2.2.1. Criterios de jerarquía y competencia. 4.2.2.2. Niveles.- 4.3. Fuentes de origen estatal. 4.3.1. La Constitución. 4.3.2. La ley. 4.3.3. Decreto legislativo y decreto de urgencia. 4.3.4. El reglamento. 4.3.5. Otras normas estatales.- 4.4. Fuentes de origen internacional. Los tratados. 4.4.1. Incorporación y jerarquía. 4.4.2. Regulación de derechos laborales en la normativa internacional.- 4.5. Bibliografía citada.

Reseña: el presente capítulo presenta un breve repaso del sistema de fuentes del Derecho para luego desarrollar aquellas fuentes del derecho del trabajo de origen heterónomo (estatal), principalmente la Constitución y la ley. Seguidamente, se desarrollan las fuentes de origen internacional, prestando especial atención a los convenios internacionales de trabajo.

Objetivos: al término de este capítulo el estudiante será capaz de comprender la interacción entre las diversas fuentes del derecho del trabajo de carácter heterónomo, pudiendo establecer con claridad las diferencias entre los distintos productos normativos resultantes. Asimismo, se comprenderá la importancia de los convenios internacionales del trabajo de la OIT.

Palabras clave: sistema de fuentes; normas especiales; contenido esencial de un derecho constitucional; normas imperativas; normas dispositivas; tratado internacional; convenio internacional de trabajo.

Fondo Editorial PUCP

4.1 Introducción

El derecho del trabajo es una disciplina que se caracteriza por contar con un conjunto de fuentes «propias» que no se encuentran en otras áreas del Derecho: convenio internacional de trabajo, convenio colectivo, reglamento interno de trabajo. El complejo entramado de fuentes que regulan la relación de trabajo y el papel destacado y singular que cumple en el ordenamiento laboral estas normas especiales justifican plenamente la selección de esta área de estudio. En el presente capítulo empezaremos por definir el concepto de fuente y analizar su contenido, para pasar a establecer las diferentes fuentes que regulan la relación de trabajo, tanto las de carácter estatal como convencional, ubicándolas en los correspondientes niveles jerárquicos de nuestro sistema jurídico. Este aspecto es importante porque en el derecho de trabajo los conflictos entre normas no se solucionan, necesariamente, aplicando el criterio de la jerarquía. Seguidamente nos ocuparemos del análisis de las principales fuentes de origen estatal e internacional, poniendo énfasis en la Constitución, en tanto norma de encuadramiento de la actuación de los diferentes derechos laborales. Pasaremos revista después a los convenios internacionales de trabajo, cuya aplicación cobra cada vez mayor importancia, y al decreto de urgencia, que dentro de las normas estatales resulta la más polémica llevada al ámbito laboral. En los dos capítulos siguientes nos ocuparemos, en primer lugar, del convenio colectivo de trabajo, y luego, de fuentes de menor importancia o carácter residual, tanto normativas (reglamento interno de trabajo y costumbre), como no normativas (sentencia judicial y contrato de trabajo).

4.2 Sistema de fuentes del Derecho. Nociones fundamentales

4.2.1 Concepto de fuente del Derecho

4.2.1.1 Actos y hechos normativos

El estudio de las fuentes del Derecho se ha abordado de distintas maneras: en función del órgano productor, del procedimiento de producción, de la forma jurídica que adopta la voluntad expresada por el órgano productor, etcétera. Aquí lo haremos siguiendo a la doctrina italiana[1], según la cual las fuentes del Derecho son acontecimientos jurídicos, consistentes en «actos» o «hechos» que crean, modifican o extinguen normas.

Los actos son producto de la manifestación de voluntad de ciertos órganos; esa voluntad o facultad normativa tiene su correlato en determinada forma jurídica. Por

[1] Véase por todos, Predieri, Alberto (1984). «El sistema de las fuentes del derecho». En (autores varios). *La Constitución española de 1978*. Madrid: Civitas S.A.

Fondo Editorial PUCP

ejemplo, el Poder Legislativo produce la ley, el Poder Ejecutivo los reglamentos, el órgano municipal las ordenanzas, los estados y las organizaciones internacionales los tratados, y los sujetos laborales el convenio colectivo.

Los actos normativos adoptan necesariamente la forma escrita y cuando emanan de un órgano estatal requieren ser publicadas. Según el artículo 51 de la Constitución, la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. Cuando proceden de la autonomía privada suele ser suficiente su inscripción en algún registro público[2], como ocurre, por ejemplo, con el convenio colectivo, conforme a lo establecido en el artículo 43 del Decreto Ley N° 25593, o el reglamento interno de trabajo, según el decreto supremo supremo 039-91-TR. Los hechos, por su parte, se derivan de situaciones objetivas. El hecho normativo por excelencia es la costumbre, es decir, aquella práctica reiterada que suscita convicción de obligatoriedad para quienes la practican. No requieren forma escrita, pero sí cierta difusión cuando su naturaleza sea normativa. Muchas veces será difícil de probar, pero en todo caso corresponde a quien la invoca demostrar su existencia. Al respecto, señala el artículo 23.1 de la Ley Procesal del Trabajo, aprobada mediante Ley 29497, que «la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos […]», entre las que se encuentra, evidentemente, la del trabajador de acreditar la existencia de la costumbre, cuando la alegue como fuente de los derechos reclamados.

4.2.1.2 Órganos productores y facultades normativas

Cada órgano con facultad normativa suele estar asociado a determinada forma jurídica que le es propia —y, en principio, solo a esa—. No obstante, ciertos órganos están facultados para producir otras formas jurídicas. Así, por ejemplo, el Poder Ejecutivo, cuya competencia normativa fundamental es la de reglamentar las leyes, puede producir, si se cumplen ciertos requisitos, decretos legislativos y decretos de urgencia, ambas normas con rango de ley. Se entiende que esta es una facultad excepcional, en la medida que —dentro de la concepción clásica de la división de poderes— es el Poder Legislativo, y no el Poder Ejecutivo, el órgano competente para producir leyes y otras normas con rango de ley (reglamento del Congreso, resoluciones legislativas).

Ahora bien, a todo órgano productor se le reconoce, en principio, facultades normativas plenas. Es decir, sus atribuciones son, respecto de la forma o norma jurídica que produce, la de crearla propiamente, pero también la de modificarla o extinguirla (derogarla). Sin embargo, una vez más, por excepción, a determinados órganos se les reconoce únicamente algunos de los atributos señalados: modificar o extinguir o solo

[2] Consúltese en Neves (2009: 56).

Fondo Editorial PUCP

extinguir, según corresponda. Así, es claro que el Poder Legislativo no tiene competencia para reglamentar las leyes, pero sí podría modificar o derogar un reglamento mediante ley, en virtud del principio de jerarquía entre normas estatales. Por su parte, hay órganos que gozan exclusivamente de la facultad de extinguir normas; facultad normativa en sentido negativo. Esto ocurre, concretamente, con aquellos órganos jurisdiccionales que, en virtud de un procedimiento determinado, eliminan del ordenamiento normas inconstitucionales o ilegales. Es el caso de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional que declara inconstitucional una norma con rango de ley —el Alto Tribunal puede anularla, pero no modificarla— y de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que, como consecuencia de un proceso de acción popular, anula los reglamentos que contravienen la ley o la Constitución.

4.2.1.3 Concepto de norma jurídica

Habría que preguntarse ahora, qué se entiende por fuente de derecho, y en qué se diferencia de otras fuentes de regulación de los mismos. Al respecto, cabe señalar que los acontecimientos —actos o hechos— jurídicos serán fuente de derecho en la medida que produzcan, modifiquen o extingan normas jurídicas, entendiendo por norma jurídica a la regla general, impersonal y abstracta, eficaz frente a todos. Dicha regla no está destinada a una persona o situación determinadas. De ser así, no estaríamos ante una fuente de derecho, sino ante una fuente de obligaciones, ante un acto o un hecho no normativo, esto es, una decisión concreta y particular, aplicable únicamente a determinado sujeto o situación. Este sería el caso, por ejemplo, del contrato o de la sentencia recaída en un proceso judicial, aplicable únicamente a los sujetos que suscribieron el contrato o a las partes que intervinieron en el proceso judicial, respectivamente.

4.2.1.4 Clases de normas jurídicas

Siguiendo a Neves (2009: 58-59) podemos decir que existen tres criterios de distinción o clasificación de las normas jurídicas:

a. *Instrumentales y sustantivas:* la primera distinción se presenta en función de su incidencia directa o indirecta en el establecimiento de derechos. En ese sentido, puede hablarse de normas instrumentales o sustantivas. Las normas instrumentales son aquellas que ordenan el sistema de fuentes: establecen cuáles son los órganos con facultades normativas, cuáles son los productos típicos que pueden producir y la forma cómo se producen. La norma instrumental por excelencia es la parte orgánica de la Constitución, pues es allí donde se contemplan el conjunto de disposiciones sobre los sujetos u órganos productores de normas, el procedimiento creación de las mismas y el producto de dicho procedimiento.

Fondo Editorial PUCP

Por su parte, las normas sustantivas son aquellas que establecen directamente derechos y obligaciones. Ejemplo claro de esto es la parte dogmática de la Constitución, principalmente el Título I de la Constitución, que atribuye a los ciudadanos un conjunto de derechos de naturaleza variada: civiles, políticos, sociales, etcétera.

b. *Comunes y especiales:* un segundo criterio distintivo de normas jurídicas se da a partir de la «presencia de una determinada norma en todo o sólosolo en parte del ordenamiento jurídico». De esta manera, las normas pueden ser comunes o especiales. La Ley es una norma común, porque es posible que el legislador regule a través de ella en cualquier área o ámbito del ordenamiento: (en el ámbito mercantil:, la Ley de Sociedades; en el ámbito civil: el Código Civil; en el ámbito penal: el Código Penal; en el ámbito procesal: el Código Procesal; etcétera). Por el contrario, las normas especiales son típicas y exclusivas de un ordenamiento determinado. Es el caso del convenio colectivo de trabajo o del reglamento interno de trabajo, que bien en forma bilateral, en el primer caso, o unilateral, en el segundo, son normas propias del ordenamiento laboral y que regulan situaciones que competen a los intereses de empleadores y trabajadores.

c. *Dispositivas e imperativas:* por último, la tercera distinción se presenta en función del grado de imperatividad de la norma jurídica, es decir, de la posibilidad de disponer (dispositiva) o no (imperativa) de los derechos consagrados en ella. Las normas dispositivas son aquellas que resultan disponibles en cualquier sentido para la autonomía privada. Por ejemplo, las disposiciones contempladas en el Código Civil en materia contractual que, por regla general, solo se aplican en defecto de acuerdo de partes. En el ámbito laboral serían aquellas que emanan del contrato de trabajo por encima de los mínimos legales. En cambio, las normas imperativas o de derecho necesario son aquellas indisponibles para la autonomía privada, y que impiden su alteración en determinado sentido: bien para regular algo distinto en cualquier sentido (normas de derecho necesario absoluto), bien para disminuirlas por debajo de un piso (normas de derecho necesario relativo), o bien para ampliarlas o mejorarlas por encima de un tope o techo (máximos de derecho necesario).

4.2.2 Estructura del sistema de fuentes del Derecho

4.2.2.1 Criterios de jerarquía y competencia

Las distintas fuentes de derecho que conforman nuestro ordenamiento jurídico no operan en forma desvinculada. Por el contrario, se encuentran organizadas en un

Fondo Editorial PUCP

sistema determinado, en el que se estructuran y actúan en función de dos criterios: el de jerarquía y el de competencia.

El criterio de la jerarquía atribuye un rango a cada una de las fuentes y las clasifica verticalmente en diversos niveles en una escala descendente de mayor a menor. De forma tal que, al estar ubicadas en forma escalonada, la fuente del peldaño o nivel inferior se encuentra subordinada a la del nivel superior. En cambio, el criterio de la competencia no actúa en forma vertical, sino que organiza a las fuentes horizontalmente a partir de un reparto de facultades normativas en función de la materia. De esta manera, a cada órgano productor se le otorga en forma exclusiva y excluyente determinadas facultades normativas. Por ejemplo, al Poder Legislativo se le faculta para regular ciertas materias, mientras que al Poder Ejecutivo se le encarga la regulación de aspectos de diferente naturaleza, de modo tal que ninguno pueda invadir el ámbito de competencia normativa del otro.

Nuestro ordenamiento ha adoptado de manera preponderante el criterio de la jerarquía. Esto se refleja en los artículos 51 y 138 de la Constitución, que han establecido la jerarquía de la Carta Magna sobre cualquier otra norma legal, la de la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente en forma descendente en la jerarquía establecida. Sin embargo, el criterio de la competencia, si bien en forma residual, no es ajeno a nuestro ordenamiento. Lo encontramos, por ejemplo, en materia de aprobación de los tratados internacionales: el artículo 56 de la Constitución establece cuál es el órgano facultado para hacerlo. Concretamente, los tratados que versen sobre derechos humanos, soberanía o dominio o integridad del Estado, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado, que creen, modifiquen o supriman tributos, los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren de medidas legislativas para su ejecución son aprobados por el Congreso. Por su parte, los tratados que versen sobre otras materias los aprueba directamente el Presidente de la República.

4.2.2.2 Niveles

Teniendo en cuenta el criterio de la jerarquía, la doctrina[3] ha estructurado el sistema de fuentes en cuatro niveles: constitucional, primario, secundario y terciario.

a. *Nivel Constitucional:* en este nivel se ubican la Constitución y cualquier otra norma con jerarquía constitucional, como en el caso de los tratados internacionales sobre derechos humanos, a los que la doctrina, como se verá más adelante, les atribuye dicha ubicación.

[3] Ver por todos en Predieri (1984: 176)

Fondo Editorial PUCP

b. *Primario:* se ubican aquí la ley y el resto de normas con rango de ley: decretos legislativos, decretos de urgencia, leyes regionales, ordenanzas municipales, tratados internacionales —que no versen sobre derechos humanos— y la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional una norma. El rango legal lo establece la Constitución.

c. *Secundario:* se ubican en este nivel al reglamento (decretos supremos) y el resto de normas de carácter reglamentario, incluida las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República anulatorias de normas reglamentarias recaídas en procesos de acción popular.

d. *Terciario:* en este nivel se ubican las normas producto o relacionadas con la autonomía privada: convenio colectivo de trabajo, reglamento interno de trabajo, costumbre.

¿De qué depende la ubicación de una fuente en un determinado nivel? Esto suele establecerse por dos vías. La primera es directa, es decir, cuando una norma en manera expresa establece qué ubicación tienen las fuentes dentro del sistema jurídico. Con carácter general, el artículo 51 de la Constitución establece la jerarquía que tienen las fuentes en nuestro ordenamiento: «La Constitución prevale sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente». Aunque también encontramos algunos casos en los que se establece el nivel de una fuente en específico. Ello ocurre, por ejemplo, con los decretos de urgencia, cuyo rango legal se lo atribuye el artículo 118, inciso 19, de la Constitución, o como ocurría, por ejemplo, con el artículo 54 de la Constitución de 1979, que le atribuía rango de ley al convenio colectivo.

Ahora bien, también es posible establecer la jerarquía normativa de manera indirecta. Esto ocurre cuando, a través del proceso del control de validez de una norma jurídica, se precisa el nivel de las normas sometidas a control. Así, por ejemplo, el artículo 200 inciso 4 de la Constitución señala que la acción de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley y, a continuación, señala cuáles son esas normas: leyes, decretos legislativos, tratados internacionales, etcétera.

4.3 Fuentes de origen estatal

4.3.1 La Constitución

La fuente más importante de origen estatal es la Constitución. Suele distinguirse dos partes en la norma constitucional: de un lado, la «orgánica», que establece la estructura de los distintos poderes y órganos del Estado, así como sus atribuciones; de otro,

Fondo Editorial PUCP

la «dogmática», que es la parte sustantiva de la Constitución, la que atribuye derechos y obligaciones a sus titulares; fundamentalmente, los establecidos en el Título I de la Constitución. Nos interesa destacar la parte dogmática, en tanto espacio de imputación o reconocimiento de derechos laborales.

La primera forma de reconocer derechos es hacerlo de manera expresa, dándole un contenido determinado. Así, por ejemplo, el primer párrafo del artículo 25 de la Constitución establece que: «La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo».

La segunda forma de hacerlo es mediante el establecimiento genérico del derecho y remitiendo su desarrollo posterior al legislador. A modo de ejemplo, se puede citar el artículo 27 de la Constitución, según el cual: «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario». En este caso, el tipo de derecho reconocido va a depender en gran parte de la voluntad legislativa. En cualquier caso, cuando por ley se desarrolle algún precepto recogido en la Constitución tendrá que hacerlo respetando el contenido esencial del derecho, puesto que en caso contrario la norma de desarrollo pecaría de inconstitucional. El Tribunal Constitucional no ha establecido una definición de contenido esencial, pero sí la necesidad de su ineludible respeto. En efecto, señala el Tribunal Constitucional que:

> Todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de su desarrollo. […] Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente solo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisible[4].

[4] Al respecto, véase la sentencia del Tribunal Constitucional publicada el 11 de setiembre de 2002, recaída en la acción de amparo interpuesta por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S. A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú S. A. en contra de Telefónica del Perú S. A. y Telefónica Perú Holding S.A. (expediente N° 1124-2001-AA/TC). En ese proceso, el Tribunal Constitucional —entre otras cosas— analizó la constitucionalidad del artículo 34 de la LPCL. Para ello, en primer lugar, determinó el «contenido esencial» del derecho al trabajo establecido en el artículo 22 de la Constitución, señalando que consiste en «[...] acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa». Asimismo, señaló que el segundo párrafo del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, al fijar una indemnización como única reparación frente al despido arbitrario, vacía de contenido al derecho constitucional al trabajo y, por lo tanto, es incompatible con el artículo 22 de la Constitución. Como se puede apreciar, en este caso una norma de desarrollo constitucional deviene en inconstitucional por no respetar el contenido esencial del derecho que pretende regular.

Fondo Editorial PUCP

Una tercera forma de regulación de derechos es la prohibición. Esto ocurre, por ejemplo, cuando de manera expresa el constituyente niega un derecho o excluye de su ámbito de aplicación a determinados sujetos. Un caso claro en materia laboral sería el no reconocimiento o, más propiamente, la negación del derecho de libertad sindical a los funcionarios del Estado con poder de decisión, a los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42), así como a los jueces y fiscales (artículo 153). Este tipo de normas, por su carácter excepcional y limitativo, deben interpretarse restrictivamente.

Finalmente, una cuarta forma sería la no regulación de derechos. Esto ocurre, como es fácil de suponer, cuando determinados derechos no tienen una consagración constitucional expresa, pero ello no impide su reconocimiento en sede distinta: internacional, legal, convencional, etcétera. Un ejemplo de lo anterior sería el caso del derecho de compensación por tiempo de servicios o del llamado seguro de vida-ley, que no tienen reconocimiento constitucional, pero sí legal, ya que están regulados por el decreto supremo 004-96-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 650, así como por el decreto legislativo 688, respectivamente.

Ahora bien, suele distinguirse en la doctrina, a partir de su eficacia o exigibilidad, entre derechos de eficacia inmediata (*self-executing* o autoaplicativos) y derechos de eficacia o aplicación diferida[5]. En el primer caso, los derechos son exigibles automáticamente con la sola entrada en vigor de la Constitución. Estamos fundamentalmente ante derechos civiles y políticos que requieren, por lo general, de una actitud abstencionista por parte de los poderes públicos para que puedan ser ejercitados, como, por ejemplo, la libertad sindical. En el segundo caso, para los derechos de eficacia diferida, se requiere de una normativa de desarrollo o de una política estatal determinada para que los derechos en cuestión sean exigibles; por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 23 de la Constitución, relativo a la protección prioritaria de la madre, el menor y el impedido que trabajan, establece que el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo[6].

[5] Suele identificarse, además, a los primeros con los llamados derechos civiles y políticos, mientras que a los segundos con los denominados derechos sociales, económicos y culturales, aunque habría que decir que esta distinción, basada en principio en el reconocimiento de estos derechos en dos tratados internacionales distintos, aparentemente de diferente naturaleza —el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— viene perdiendo fuerza. El desarrollo de esta problemática puede verse en extenso en Aguinaga (2008: 125 y ss.).

[6] Actualmente se ha planteado que esta clasificación es innecesaria, dado que todos los derechos constitucionales son exigibles desde el momento mismo en que son reconocidos a ese nivel. Esta postura parte de considerar que los derechos imponen obligaciones al Estado que los reconoce que, en algunos

Fondo Editorial PUCP

A diferencia de la Constitución de 1979, que ubicaba los más importantes derechos laborales en un tema específico, dentro del Título de los Derechos Fundamentales de la Persona, la Constitución vigente los ubica en el capítulo referido a los derechos sociales y económicos, diferenciándolos de los derechos fundamentales de la persona. Esta diferencia en el tratamiento normativo no supone, sin embargo, una menor protección de tales derechos, puesto que su reconocimiento en sede constitucional es suficiente para quedar bajo la tutela del artículo 3 de la Constitución y por las garantías constitucionales del Título V de la propia Constitución.

4.3.2 La ley

Es la norma más importante después de la Constitución. Como no existe en nuestro ordenamiento un criterio general de distribución de competencias en razón de la materia, el legislador puede en principio regular cualquier materia, pero moviéndose siempre dentro de los parámetros establecidos en la propia Constitución, y dentro de ellos, hacerlo con cierta holgura. En esa medida, al desarrollar los preceptos constitucionales el Congreso podrá elegir la opción más próxima a sus concepciones jurídicas y sociales, tendrá en sus manos, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la potestad de libre configuración de las mandatos constitucionales, pero sin transgredir, como también lo ha advertido el propio Tribunal (véase el acápite anterior), el contenido esencial del derecho desarrollado. La Constitución en su artículo 103, en concordancia con el artículo 2, inciso 2, consagra la igualdad ante la ley o igualdad de derecho público, impidiendo la expedición de leyes especiales por razón de la diferencia de las personas. Asimismo, con relación a su vigencia en el tiempo, el indicado precepto consagra la irretroactividad de la ley y su obligatoriedad a partir del día siguiente de su publicación, salvo disposición contraria de la propia ley que postergue

casos, para poder ser ejercidos, será suficiente exigirle una actitud abstencionista; pero en otros, se le deberá exigir que se disponga de todos los medios materiales necesarios para su plena eficacia. Y esta diferente exigencia puede predicarse tanto de las libertades individuales y derechos políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales. Por ejemplo, la plena vigencia o eficacia de los derechos de naturaleza electoral no requieren solamente de una actitud abstencionista de parte del Estado, sino fundamentalmente una postura activa y la erogación de los fondos que resulten necesarios para llevar a cabo los comicios. Por su parte, respecto del derecho a una jornada máxima de trabajo —que califica como derecho social—, resulta suficiente una conducta abstencionista del Estado, no afectando su vigencia automática la falta de una normativa de desarrollo por parte de aquel. El problema radicaría, por tanto, en la exigibilidad en sede judicial de los derechos; en particular, de los derechos de eficacia diferida, asociados, como se ha visto, con los derechos económicos, sociales y culturales. Es decir, si cualquier persona podría reclamar en sede judicial que el Estado cumpla con cualquiera de las obligaciones contenidas en tales derechos. En cualquier caso, el gran problema que plantea esta postura es cómo ejecutar coactivamente a aquellos estados que no tengan los medios o, simplemente, no quieran cumplir con sus obligaciones de medios (Aguinaga: 2008, 125 y ss.).

Fondo Editorial PUCP

su vigencia. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, esto supone la opción por la teoría de los hechos cumplidos, que, en rigor, fue recogida por el artículo III del Título Preliminar del Código Civil.

4.3.3 Decreto legislativo y decreto de urgencia

La Constitución contempla dos supuestos en los que, si se cumplen rigurosamente los requisitos previstos en ella, el Poder Ejecutivo queda facultado para producir normas con rango de ley. Esos supuestos son, concretamente, el decreto legislativo y el decreto de urgencia. Cabe precisar que, al no tratarse de una facultad normativa originaria del Poder Ejecutivo, dicha facultad es de carácter excepcional.

De un lado, de acuerdo al artículo 104 de la Constitución, el decreto legislativo requiere de una ley autoritativa —acto habilitador— en la que se precisen las materias específicas sobre las que se puede legislar, así como el plazo en que puede hacerse, sin lo cual el acto normativo no sería formalmente válido, al menos como decreto legislativo. Hay que tener en cuenta que no pueden delegarse aquellas materias que por mandato de la Constitución son indelegables a la Comisión Permanente del Congreso de la República, es decir, las contempladas en el artículo 101, inciso 4 de la Constitución: reforma constitucional, aprobación de los tratados internacionales, dación de leyes orgánicas, leyes de presupuesto, así como leyes relativas a la Cuenta General de la República. Salvo los aspectos laborales que pudieran tener relación con las materias indelegables a la Comisión Permanente del Congreso, la posibilidad de legislar mediante decreto legislativo en el campo de las relaciones laborales, es bastante extenso. Un requisito adicional es el de dar cuenta al Congreso, a fin de que este pueda fiscalizar el cumplimiento de los requisitos a los que se encuentra sujeto el Poder Ejecutivo para producir este tipo de normas.

Por su parte, el artículo 118, inciso 19 de la Constitución otorga al Presidente de la República la facultad de dictar decretos de urgencia con fuerza de ley. Para ello, se requiere una causa habilitadora, un dato objetivo que justifique su dación. La norma constitucional exige que se trate de una situación extraordinaria, excepcional, cuando así lo requiera el interés nacional. En caso contrario, estaríamos frente a un acto normativo producido por el Poder Ejecutivo que no pasaría de ser una norma de carácter reglamentario: un simple decreto supremo. Por otro lado, si lo extraordinario se convierte en ordinario, la regulación de tal situación debería hacerse por la vía ordinaria, es decir, mediante ley aprobada por el Congreso o, en todo caso, por decreto legislativo, previa norma autoritativa.

El decreto de urgencia tiene limitaciones por razón de la materia. Conforme al señalado artículo 118, inciso 19 de la Constitución, solo procederá una norma de este tipo cuando estemos ante situaciones económicas y financieras, quedando excluidas

Fondo Editorial PUCP

las materias tributarias por mandato expreso del artículo 74 del texto constitucional. Se discute desde la Constitución de 1979 si lo laboral puede considerarse dentro de las materias de índole económica y financiera. Si como se ha adelantado, el decreto de urgencia es una norma de carácter excepcional, el mismo tratamiento debería darse a su contenido, es decir, debería limitarse a lo estrictamente indispensable. Esto nos lleva a darle una lectura necesariamente restrictiva a lo que debe entenderse por materia económica y financiera.

En ese sentido, debemos recordar que la ley 25397, de control parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República, que se dio durante la vigencia de la Constitución de 1979, restringió el ámbito material de los decretos de urgencia a la esfera del endeudamiento, la tributación y el presupuesto. Esta lógica interpretativa permitiría sostener que es posible la afectación temporal de derechos laborales de carácter económico que tengan incidencia en el aspecto presupuestal, es decir, aquellos derivados de una relación de trabajo en el ámbito del sector público, incluso aquellos casos en los que siendo el Estado el empleador —pero sujeto al régimen de la actividad privada—, las remuneraciones y otros beneficios sociales de los trabajadores se pagan con recurso del Estado[7], aunque con la salvedad de la posible de afectación del derecho de negociación colectiva en este último sector, dado que la propia Constitución, en el artículo 28º.2, establece un mandato de fomento de este derecho.

4.3.4 El reglamento

Otra norma común de origen estatal emanada del Poder Ejecutivo es el reglamento. Al respecto, cabe enfatizar que esta norma, cuando se trate de un reglamento de desarrollo, debe darse dentro del marco establecido por el artículo 119, inciso 8 de la Constitución. Es decir, debe limitarse a desarrollar o complementar el dispositivo legal que reglamenta, pero sin transgredirlo ni desnaturalizarlo. Esto significa, inclusive en materia laboral —sobre lo que se volverá más adelante—, que el reglamento no puede resultar contrario a la ley, ni siquiera para establecer a favor del trabajador ventajas mayores a las establecidas por esta.

4.3.5 Otras normas estatales

Finalmente, dentro de las normas de origen estatal hay que señalar, en primer lugar, a la ordenanza regional emanada del Consejo Regional, el órgano normativo y fiscalizador del Gobierno Regional. Esta norma, conforme a lo establecido en el artículo 38 de la ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, regula asuntos relativos

[7] Confróntese con lo señalado por Neves (2009: 85-86) y Dolorier (1994 s.n.).

Fondo Editorial PUCP

la organización y administración del gobierno regional y reglamenta materias de su competencia en el ámbito de la región. Si bien el artículo 48 de la ley 27867 le atribuye a los gobiernos regionales funciones en materia de trabajo, promoción del empleo y pequeña y microempresa, estas son fundamentalmente de carácter administrativo; por ejemplo, las regiones tienen a su cargo la función inspectiva, pero la regulación sigue en manos del gobierno nacional.

De otro lado, está la ordenanza municipal emitida por el Concejo Municipal, órgano conformado por una asamblea con funciones también normativas y fiscalizadoras, que es la norma de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de la cual se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa (artículo 40, ley 27972).

Por mandato de la Constitución, tanto la ordenanza regional como la municipal tienen rango de ley y procede contra ellas, dado el caso, la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (artículo 200, inciso 4).

4.4 Normas de origen internacional. Los tratados

4.4.1 Incorporación y jerarquía

Los tratados internacionales son normas de origen convencional producidas por sujetos internacionales con capacidad para celebrar este tipo instrumentos normativos. Son fuentes convencionales en la medida que proceden de un acuerdo de voluntades de dos o más estados —acuerdo bilateral o multilateral, según el caso— o de los órganos conformados por asambleas de las organizaciones internacionales.

Los tratados se incorporan a nuestro ordenamiento interno a través del procedimiento de ratificación y aprobación. La ratificación es la forma de vincularse de los estados, es decir, de obligarse internacionalmente. El tratado antes de su ratificación debe ser aprobado por el órgano competente a fin de poder regir en nuestro ordenamiento. Esto ocurre de dos formas dependiendo de la materia del tratado: aprobación por el Congreso de la República y aprobación por el Presidente de la República. En el primer caso, conforme al artículo 56 de la Constitución, se requiere la aprobación del Congreso cuando el tratado verse sobre derechos humanos; soberanía, dominio o integridad del Estado; defensa nacional; obligaciones financieras del Estado; así como cuando se trate de tratados que creen, modifiquen o supriman tributos; los que requieran la modificación o derogación de alguna ley o de medidas legislativas para su ejecución. Por su parte, en el caso de tratados que versen sobre materias distintas a las que se acaban de señalar, el Presidente de la República podrá

Fondo Editorial PUCP

celebrarlos directamente, o ratificarlos o adherirse a los mismos, sin que se requiera de la aprobación previa del Congreso. No obstante, en todos los casos debe darse cuenta al Congreso (artículo 57).

Debe quedar claro que las dos formas indicadas de incorporar instrumentos internacionales a nuestro ordenamiento no supone reconocer que los tratados tengan niveles diferentes: rango de ley, si son aprobados por el Congreso; rango de decreto supremo, sin son celebrados (aprobados) directamente por el Presidente de la República. Consideramos que todos ellos tienen el mismo rango que, como se ha visto, es el primario. En efecto, el artículo 200, inciso 4 de la Constitución le concede a los tratados, sin distinción alguna, el rango de ley. Por tanto, estamos ante formas diferentes de incorporación de los tratados en el ordenamiento interno, pero que en nada afecta la jerarquía de los mismos[8].

Ahora bien, respecto a los tratados que versan sobre derechos humanos, no hay una posición uniforme en la doctrina sobre la categoría que tienen. Un sector sostiene que, en virtud de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, este tipo de tratados tiene rango constitucional, ya que por mandato de dicho precepto las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, lo que hace que conformen un bloque de constitucionalidad. Por el contrario, otro sector considera que la aludida disposición final y transitoria de la Constitución supone simplemente un criterio de interpretación de los preceptos constitucionales, más no la alusión a una condición determinada de los tratados sobre derechos humanos, por lo que tienen el mismo rango que el resto de tratados.

Particularmente, creemos que puede avalarse la jerarquía constitucional de los tratados que versen sobre derechos humanos a partir, no tanto de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino del artículo 3 de la misma norma, a partir del cual queda clara la opción del constituyente por un listado abierto (*numerus apertus*) de derechos constitucionales[9]. Es decir, como expresamente señala el indicado artículo 3, los derechos fundamentales de la persona no se agotan en el catálogo de derechos señalado en el Tema I, del Título I de la Constitución, sino que comprende a los demás que la Constitución garantiza y a «otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno». Por

[8] Sobre la posición de los tratados internacionales en el ordenamiento peruano puede consultarse Landa (2006: 118-119).

[9] Al respecto puede verse Rubio (1997: 136) y Salmón (2001: 56).

Fondo Editorial PUCP

esta vía quedarían incluidos en sede constitucional —con la tutela especial que esto supone— aquellos derechos de las personas consagrados en los diversos instrumentos internacionales sobre dichas materias —como los de derechos humanos— que resulten aplicables a nuestro país.

4.4.2 Regulación de derechos laborales en la normativa internacional

Podemos clasificar en dos tipos los tratados internacionales que regulan derechos laborales. De un lado están los instrumentos internacionales de derechos humanos propiamente de ámbito universal y regional que contemplan importantes derechos laborales, aunque su regulación es bastante genérica, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De otro lado, están los convenios internacionales de trabajo adoptados por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) que regulan con mayor detenimiento los distintos derechos laborales, por cuanto cada convenio se dedica al tratamiento de una materia en específico. Así tenemos, por ejemplo, convenios que regulan temas relativos a la libertad sindical (convenios N° 11, 87, 98, 151, 154, entre otros); a la proscripción del trabajo forzoso (convenios N° 29 y 105); al tiempo de trabajo (convenios N° 1, 4, 14, 20, entre otros); al trabajo de menores (convenios N° 10, 58, 59, 79, 112); a la política de empleo (N° 122); a la seguridad social (convenios N° 35, 36, 37, 38, 71), etcétera.

Es importante destacar, por un lado, que la finalidad de la normativa internacional de trabajo es estandarizar mundialmente los derechos laborales que ella regula. De ahí que los derechos consagrados en los convenios de la OIT se entiendan como mínimos que puedan ser mejorados por los estados que los han ratificado. Por ello el artículo 19.8 de la Constitución de la Organización del Trabajo establece que: «En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación».

Por otro lado, también es importante que resaltar que nuestro país ha ratificado un número significativo de convenios de la OIT. Concretamente, el Perú ha ratificado más de un tercio de dichos convenios.

Fondo Editorial PUCP

4.5 Bibliografía citada

Aguinaga Meza, Ernesto (2008). *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos*. Tesis para optar el título de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Dolorier Torres, Javier (1994). *Limitaciones al contenido salarial del convenio colectivo. Fundamentos, requisitos y constitucionalidad*. Lima: BM&U, abogados.

Landa Arroyo, César (2006). *Constitución y fuentes del Derecho*. Lima: Palestra editores.

Martín Valverde, Antonio; Fermín Rodríguez-Sañudo y Joaquín García Murcia (2009). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.

Neves Mujica, Javier (2009). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Predieri, Alberto (1984). El sistema de las fuentes del derecho. En (autores varios). *La Constitución española de 1978*. Madrid: Civitas S. A.

Rubio Correa, Marcial (1997). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tesis doctoral. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Salmón Gárate, Elizabeth (2001). *Encuentros y Desencuentros. El Perú y el Derecho Internacional Humanitario.* Lima: Comité Internacional de la Cruz Roja.

Fondo Editorial PUCP

Capítulo 5
Fuentes del derecho del trabajo (II)

El convenio colectivo de trabajo y fuentes residuales

Sumario: 5.1. El convenio colectivo de trabajo. 5.1.1. Concepto y naturaleza jurídica del convenio colectivo. 5.1.2. Contenido del convenio colectivo. 5.1.2.1. Bipartición tradicional del convenio colectivo. 5.1.2.2. Cláusulas normativas. 5.1.2.3. Cláusulas obligatorias. 5.1.2.4. Cláusulas delimitadoras. 5.1.3.- Eficacia (*erga omnes* o limitada) del convenio colectivo. 5.2.- La facultad normativa del empleador. 5.2.1. Consideraciones generales. Libertad de empresa y poder de dirección empresarial. 5.2.2. El reglamento interno de trabajo.- 5.3. La costumbre.- 5.4. La sentencia. 5.4.1. La sentencia (común). 5.4.2. Doctrina jurisprudencial. Los acuerdos adoptados en un pleno casatorio. 5.4.3. Sentencia normativa. 5.4.4. Sentencia anulatoria.- 5.5. El contrato de trabajo.- 5.6. Selección de jurisprudencia.- 5.7. Bibliografía citada.

Reseña: este capítulo desarrolla la segunda parte del bloque temático referido a las fuentes del derecho del trabajo. Se trata, en primer lugar, el convenio colectivo de trabajo, como fuente típica del derecho del trabajo, para luego ocuparnos de las que podrían denominarse fuentes menores o de carácter residual, tanto normativas (reglamento interno de trabajo y costumbre), como no normativas (sentencia y contrato de trabajo).

Objetivos: finalizado este capítulo, el alumno estará en condiciones de identificar la naturaleza jurídica del convenio colectivo de trabajo; conocer qué significa la fuerza vinculante de este y las diferentes cláusulas que lo conforman; identificar quién produce y qué es lo que regula el reglamento interno de trabajo; finalmente, identificar los requisitos que debe reunir la costumbre laboral para que sea considerada como tal.

Palabras clave: convenio colectivo de trabajo; cláusulas normativas; cláusulas obligaciones; cláusulas delimitadoras; reglamento interno de trabajo; costumbre laboral.

Fondo Editorial PUCP

5.1 El convenio colectivo de trabajo

5.1.1 Concepto y naturaleza jurídica del convenio colectivo

Conforme a lo establecido en el artículo 41 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por decreto supremo 010-2003-TR (en adelante, la LRCT), el convenio colectivo se define como «el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás 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». Por su parte, tanto la Constitución de 1993, como la LRCT, le atribuyen al convenio colectivo «fuerza vinculante», la primera en el ámbito de lo concertado (artículo 28, inciso 2) y la segunda para las partes que la adoptaron (artículo 42).

De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico consagra la autonomía colectiva en su aspecto normativo, reconociendo en los sujetos laborales un poder autónomo para la producción jurídica de normas, como un poder concurrente al del Estado para la regulación de las relaciones laborales. Coexisten en sede laboral, entonces, dos clases de normas jurídicas (pluralismo jurídico)[1]: las comunes y las especiales. Las primeras son las estatales y regulan relaciones jurídicas que no presentan especialidad alguna frente al resto de normas que componen el ordenamiento jurídico. Las segundas, por el contrario, afectan a un ámbito profesional determinado, observando caracteres propios en el órgano productor, el procedimiento de elaboración de la norma y en la forma cómo esta se manifiesta. Así, frente al poder estatal encontramos al poder social dotado de capacidad normativa autónoma, que se traduce en un tipo de norma singular: el convenio colectivo, producto de la negociación colectiva llevada a cabo entre los representantes de los empresarios y los de los trabajadores. Como se ha adelantado, estamos ante poderes normativos concurrentes, lo que supone que no actúan en forma aislada, sino que, por lo general, suelen mantener algún tipo de relación o actuación conjunta: supletoria, complementaria, suplementaria.

[1] Según Bobbio, «A la teoría institucionalista hay que reconocerle el mérito de haber ampliado el horizonte de la experiencia jurídica más allá de las fronteras del Estado». Esta teoría, según el propio autor, «rompió el círculo cerrado de la teoría estatalista del derecho, que considera derecho solamente al estatal, que identifica el ámbito del derecho con el ámbito del Estado» (2005: 8-9). Como señala el mismo autor: «dondequiera que hallemos un grupo organizado estamos seguros de encontrar también un sistema de normas de conducta que dan vida a la organización, o, en otras palabras, que si institución equivale a ordenamiento jurídico, ordenamiento jurídico equivale a sistema de normas» (2005: 13).

Fondo Editorial PUCP

Podemos decir entonces que el convenio colectivo es producto de la facultad normativa reconocida a los sujetos laborales, lo que nos lleva, necesariamente, a destacar la naturaleza dual del convenio colectivo, pues se trata, en definitiva, de un negocio jurídico (naturaleza contractual) con eficacia jurídica preponderantemente normativa (naturaleza normativa), o para decirlo en los términos de la tantas veces repetida expresión de Carnelutti, estamos ante un híbrido, con alma de ley y cuerpo de contrato.

Esta naturaleza dual se recoge —aunque no de forma apropiada, como se verá en el punto siguiente— en el artículo 29 del decreto supremo 011-92-TR, reglamento de la LRCT (en adelante, el reglamento), con ocasión de precisar los diferentes tipos de cláusulas (normativas, obligacionales y delimitadoras) que forman parte del convenio colectivo.

5.1.2 Contenido del convenio colectivo

El contenido de la negociación colectiva, aquello que puede ser abordado en las tratativas o trato directo entre las partes, así como el del convenio colectivo resultante, aquello respecto de lo cual las partes finalmente se ponen de acuerdo, depende del reconocimiento que cada ordenamiento jurídico haga de la autonomía colectiva. En este orden de ideas, conviene resaltar que nuestro ordenamiento constitucional recoge en el artículo 28 las diversas manifestaciones de la autonomía colectiva: libertad de organización, autonomía normativa y autotutela. Interesa destacar, no obstante, la autonomía normativa y, concretamente, el fomento de la negociación por la que apuesta el constituyente, interpretadas, por lo demás —como lo manda la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución—, a la luz de lo establecido en los tratados internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, en particular, los convenios N° 87 y 98 de la OIT. En esta lógica interpretativa, debería prestarse especial atención a la consolidada doctrina que, sobre dichos tratados, han establecido el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Y si bien esta doctrina carece de obligatoriedad, al no provenir de órganos que ejerzan una función jurisdiccional, su carácter orientador e interpretativo merece tenerse en cuenta, dada la naturaleza especializada de dichos órganos en el control y verificación del cumplimiento de los tratados en cuestión.

Como ya hemos dejado sentado anteriormente[2], la autonomía colectiva opera como el eje de nuestro sistema de relaciones laborales. Sin que esto signifique que el Estado deba renunciar a su potestad normativa en el campo laboral, supone sí el reconocimiento de un espacio amplio de respeto a la voluntad de los sujetos

[2] Ver el capítulo 2.

Fondo Editorial PUCP

laborales para que regulen y resuelvan ellos mismos, sin injerencia de terceros, sus propios intereses. En otras palabras, libertad para negociar y para fijar el contenido de los acuerdos a los que arriben las partes. O para decirlo en los términos del Tribunal Constitucional, nuestro ordenamiento —al menos en el ámbito privado— ha optado por un modelo «horizontal» de negociación colectiva, lo que supone que la normativa estatal «deja en gran medida a la discrecionalidad de las partes de la relación negocial, los alcances de las convenciones colectivas»[3]. En este orden de ideas, el convenio colectivo permite ejercer «la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efectos de reglamentar y administrar por sí mismos su intereses en conflicto»[4].

Creemos también que esta esfera de libertad o amplitud del contenido negocial ha sido expresada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT. En efecto, este órgano de control del cumplimiento de las normas internacionales de trabajo en materia de libertad sindical ha interpretado que las condiciones de trabajo y empleo a las que se refieren el Convenio N° 98 y la Recomendación 91 de la OIT, involucran tanto las condiciones de trabajo en sentido estricto, como aquellas otras que pretendan mejorar las condiciones de vida de los trabajadores (OIT 2006: 198)[5]. Como sentencian Sala y Albiol (2003: 304), esa «interpretación viene a suponer la existencia en materia de contenido negocial de un principio de libertad contractual en un doble sentido: ausencia de un contenido legalmente obligatorio e inexistencia de límites al contenido negocial».

Podría decirse que la LRCT se inscribe en esta línea de apertura del contenido negocial, puesto que las materias susceptibles de ser negociadas en virtud de lo establecido en el artículo 41, no se circunscriben a las remuneraciones y condiciones de trabajo, sino que alcanza también a las condiciones de productividad y a otras concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores. Al mismo tiempo, no se establece una definición o delimitación de lo que debería comprender cada una de las materias señaladas. Por tanto, estas dos constataciones nos permitiría configurar, al menos teóricamente, un contenido negocial amplio, donde la indefinición de las materias recogidas expresamente por la LRCT y la referencia de la propia norma a «otras [condiciones] concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores» operará como una fórmula de cobertura de otras materias no indicadas con nombre propio. Serán entonces los sujetos negociadores los llamados a establecer los

[3] STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente Nº 008-2005-PI/TC, fundamento 32.

[4] STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente Nº 008-2005-PI/TC, fundamento 29.

[5] Al respecto véase: Ibañez, Manuel (1983). «El concepto condiciones de trabajo en la Doctrina Laboral y en el Sistemas de Normas de la OIT» En *Derecho Laboral*, Nº 130. pp. 121-145, Montevideo.

Fondo Editorial PUCP

diferentes núcleos temáticos que conformen el convenio colectivo, con los límites que el propio ordenamiento les imponga.

5.1.2.1 Bipartición tradicional del convenio colectivo

Atendiendo a la naturaleza dual del convenio colectivo, suele distinguirse dentro del conjunto de materias que forman parte del mismo, dos partes que cumplen funciones diferentes. Recogiendo la doctrina alemana de principios del siglo XX dichas partes son, en razón de los sujetos vinculados, las cláusulas normativas y las cláusulas obligacionales.

Las primeras son aquellas que regulan las relaciones individuales de trabajo de empresarios y trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio. Predeterminan, en consecuencia, el contenido de dichas relaciones estandarizando las condiciones en que se presta el trabajo subordinado en el ámbito sobre el cual el convenio colectivo despliega su eficacia (De la Villa *et al.* 1992: 158). Las cláusulas normativas son denominadas gráficamente por Ojeda (2003: 409) como «cláusulas para terceros», en la medida que sus destinatarios son sujetos diferentes a los que suscribieron el convenio.

Por su parte, las cláusulas obligacionales son aquellas que definen y regulan las relaciones entre los sujetos firmantes del convenio colectivo. Están destinadas a establecer las obligaciones entre dichos sujetos, para hacer viable y asegurar el cumplimiento del acuerdo. Comprenderá, por tanto, los derechos y obligaciones de quienes suscriben finalmente el convenio colectivo a que se arribe. En ningún caso tendrá por destinatario a las partes de la relación individual de trabajo (De la Villa *et al.* 1992: 158).

Como se aprecia, esta distinción tiene por finalidad, básicamente, identificar la variedad de cláusulas que componen el convenio colectivo en función de los destinatarios de las mismas. Pero, además, sirve para atribuir a cada contenido diferente naturaleza o eficacia jurídica. De esta manera a las cláusulas normativas le corresponde una eficacia estrictamente normativa, mientras que a las cláusulas obligacionales una eficacia de tipo contractual (García Murcia 1988: 1289-1290)[6].

Sin embargo, esta bipartición tradicional fue objeto de revisión y crítica por un importante sector de la doctrina moderna, que ha puesto en relieve la insuficiencia de esta categorización para explicar y clasificar algunas materias que habitualmente se presentan en el proceso negociador (De la Villa *et al.* 1992: 159). Y es que diversas cláusulas se resisten a ser incorporadas en dichos contenidos, ya sea porque afectan tanto a las partes pactantes como a los sujetos individuales —trabajadores y

[6] Es posible encontrar una posición crítica en García Perrote (1988: 27-28).

Fondo Editorial PUCP

empresarios— comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio, o porque sencillamente el convenio suscrito no establece obligaciones para ninguno de ellos. Es el caso de las cláusulas que fijan los distintos ámbitos de aplicación del convenio: temporal, territorial, funcional y personal, denominado contenido mínimo por la legislación española[7], de las reglas procedimentales para futuros convenios o para la negociación articulada[8], o de ciertas cláusulas sindicales (García-Perrote 1988: 29 y 30).

En cualquier caso, que la partición tradicional resulte insuficiente para acoger por sí sola el conjunto de cláusulas posibles de conformar el contenido total de un convenio colectivo no significa condenar a la desaparición la cuestionada distinción. En todo caso, habremos de reconocer la necesidad de nuevas clasificaciones o la aparición de otros y diferentes contenidos que expliquen la ubicación de esa gran diversidad de cláusulas convencionales[9].

Esto es lo que ha ocurrido precisamente en nuestro ordenamiento. En efecto, el artículo 29 del reglamento de la LRCT distingue tres tipos de cláusulas: normativas, obligacionales y delimitadoras. Como veremos seguidamente, cada una de ellas tiene naturaleza y consecuencias prácticas diferentes.

5.1.2.2 Cláusulas normativas

Conforme al citado artículo 29º del reglamento son cláusulas normativas «aquellas que se incorporan automáticamente a los contratos individuales de trabajo y las que aseguran o protegen su cumplimiento». Dicho precepto nos merece, al menos, dos reflexiones.

---

[7] Denominación que ha merecido la crítica de la doctrina, por cuanto difícilmente puede pensarse que un convenio colectivo tenga, como único contenido posible, cláusulas que fijen los distintos ámbitos de aplicación del mismo. Será en todo caso un contenido necesario, pero no suficiente o mínimo. Véase por todos: Alonso y Casas (2008: 1097) y Sala y Albiol (2003: 331).

[8] Del Rey (1988: 112) clasifica a este tipo de cláusulas dentro del contenido normativo colectivo.

[9] Ojeda (2003: 693-694) menciona que a pesar de que en Alemania e Italia la distinción se encuentra consolidada, han aparecido posturas discrepantes que identifican en el acuerdo colectivo de trabajo no un contenido dual, sino triple. Este tercer género, que comprendería, fundamentalmente, los preceptos relativos al ámbito de vigencia del acuerdo, ha sido muy discutido por la doctrina de esos países la que ha terminado por atribuirles naturaleza normativa. Por su parte, García-Perrote (1988: 31-32) señala que «en cualquier caso, la delimitación cláusulas normativas/cláusulas obligacionales parece mostrar una gran versatilidad y capacidad de adaptación, como si advirtiera que tan solo así asegura su supervivencia y su continuidad. Capacidad de adaptación que se manifiesta, básicamente, en la superación de la identificación cláusulas normativas/relación individual de trabajo, ante la evidencia de que existen cláusulas propiamente normativas que no tienen como destinatario los sujetos del contrato de trabajo, sino sujetos colectivos».

Fondo Editorial PUCP

En primer lugar, la norma no opta por definir propiamente a las cláusulas normativas, sino que señala simplemente que son aquellas que se incorporan a los contratos de trabajo. El problema reside entonces en determinar cuáles serían, según nuestro ordenamiento, ese tipo de cláusulas. Atendiendo a la definición dada anteriormente y a lo establecido en el artículo 41 de la LRCT, podríamos afirmar que son cláusulas normativas las relativas a remuneraciones, condiciones de trabajo, condiciones de productividad y cualquier otra de índole laboral, económica o asistencial, como por ejemplo, duración de la jornada, horario de trabajo, quinquenios, primas de productividad, asignación familiar, ayudas escolares; las cuales están dirigidas a regular las relaciones individuales de trabajo sobre las que incide el convenio colectivo. De otro lado, la norma en cuestión establece, en sentido estricto, dos tipos de cláusulas normativas, ya que se considerarán como tales, tanto las que se incorporan a los contratos de trabajo, como las que aseguren el cumplimiento de las propias cláusulas normativas. Dicho en otros términos, el dispositivo en cuestión le otorga a las cláusulas normativas una doble función: una reguladora y otra garantista.

De lo anotado anteriormente se desprende que la ordenación de los contratos de trabajo es función esencial de las cláusulas normativas de un convenio colectivo. Pues bien, dicha regulación operaría, a partir de lo establecido por el reglamento, en forma interna y no externa a los mismos. No otra cosa significa la incorporación automática de las cláusulas normativas a los contratos de trabajo señalada en el artículo 29 del reglamento. Esto, sin duda alguna, no es acorde con la naturaleza normativa de este tipo de cláusulas. Una de las características del convenio colectivo como fuente creadora de derecho objetivo es su aplicación automática o inmediata —principio de automaticidad—, sin que se requiera su incorporación, expresa o tácita, a los contratos individuales de trabajo. Consecuencia de lo anterior es que esos contratos no podrán contener estipulaciones que, comparadas con el convenio colectivo, resultasen menos beneficiosas, bajo sanción de nulidad —principio de imperatividad—[10].

En esa dirección apunta el artículo 42 de la LRCT, al reconocer la fuerza vinculante del convenio colectivo y señalar como primera característica del mismo, en el inciso a del artículo 43, que «Modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador»[11]. Queda claro que la norma legal alude a la superposición y prevalencia del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo y a la inmediata adecuación de

[10] Sobre este tema puede consultarse en Sala y Albiol (2003: 349) y también en Palomeque (1991: 317).

[11] En el mismo sentido Neves Mujica, Javier (1992). «El convenio colectivo como norma». En *Asesoría Laboral* número 20, agosto, pp. 12-15, Lima.

Fondo Editorial PUCP

este al primero. Esta posición se condice plenamente con la asumida por la Constitución (posterior en el tiempo a la LRCT) que, como se ha visto, también consagra la fuerza vinculante de los convenios colectivos (artículo 28, inciso 2).

Sin embargo, el reglamento, al introducir el tema de la incorporación de las cláusulas normativas a los contratos de trabajo, estaría sugiriendo que dichos beneficios pasarían a formar parte del patrimonio laboral de cada trabajador[12]. Esto supondría que, en el supuesto de que futuros convenios colectivos establecieran menores beneficios, esto no tendría incidencia alguna para los trabajadores —con vínculo laboral vigente en ese momento—, puesto que dichos beneficios, al haberse incorporado en sus contratos de trabajo se mantendrían, en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. En todo caso, los convenios colectivos posteriores que resultasen peyorativos se aplicarían a los futuros trabajadores. En este orden de ideas, el reglamento no solo estaría desnaturalizando la esencia del contenido normativo del convenio colectivo, reconocida en sede constitucional y legal, sino que, al mismo tiempo, pondría en cuestión la caducidad del convenio colectivo y la posibilidad de modificarlo por convenio posterior[13] (recogidas en el artículo 43 de la LRCT), ya que este último terminaría afectando únicamente a las cláusulas obligacionales y delimitadoras del convenio. No obstante, creemos que si bien formalmente el reglamento en este punto no ha sido objetado judicialmente, a efectos de cuestionar con carácter general su validez, debe ceder ante la regulación constitucional y legal.

Con relación a la función garantista atribuida por el reglamento a las cláusulas normativas, habría que señalar que esa no es una competencia que corresponda a este tipo de cláusulas. Se ha precisado ya cuál es el rol que cumplen las cláusulas normativas. Además, no se trata de garantizar solamente las cláusulas que se incorporen a los contratos de trabajo o el contenido normativo del convenio colectivo, sino todo el convenio en su integridad, papel que corresponde, en todo caso, a las cláusulas instrumentales que conforman el contenido obligacional del convenio.

De otro lado, si de lo que se trata es de garantizar exclusivamente el contenido normativo no debe perderse de vista que el propio ordenamiento —estatal o autonómico— ofrece una regulación al respecto. Hay que recordar que una de las características del convenio colectivo como fuente de derecho es que su incumplimiento genera responsabilidad en los sujetos obligados: empresarios y trabajadores. Así, el incumplimiento del trabajador de las obligaciones comprendidas en su contrato de trabajo faculta al empleador para adoptar las medidas o sanciones que correspondan. Como se

[12] Al respecto puede verse: Raso Delgue, Juan (1988). «El principio de irrenunciabilidad y la negociación colectiva». En *Veintitrés estudios sobre convenios colectivos*. Montevideo: FCU, pp. 294 y ss.

[13] Compárese con Cortes Carcelén, Juan Carlos (1993). «Reglamentación de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo». En *Asesoría Laboral* Nº 23, pp. 14, Lima.

Fondo Editorial PUCP

verá en el tema siguiente, el bloque normativo del régimen disciplinario en la empresa lo constituye fundamentalmente —cuando exista— el reglamento interno de trabajo, norma emanada de la autonomía privada del empresario, conforme a las pautas del decreto supremo 039-91-TR. En cualquier caso, el empleador puede fiscalizar y sancionar los incumplimientos laborales, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Los supuestos de extinción de la relación laboral por motivos disciplinarios se encuentran regulados en dicha norma

Finalmente, el incumplimiento del convenio colectivo por el empresario permite a los trabajadores iniciar las acciones legales pertinentes, debiendo recurrir necesariamente a la vía judicial, según lo establecido en la Ley Procesal del Trabajo. Solo una vez agotada la vía judicial, y ante la negativa empresarial de cumplir la sentencia —consentida o ejecutoriada—, los trabajadores podrán recurrir a la huelga.

5.1.2.3 Cláusulas obligacionales

Como se ha adelantado, las cláusulas obligacionales vinculan únicamente a los firmantes del convenio colectivo, puesto que se encargan de establecer las relaciones que surgen entre aquellos como consecuencia de la suscripción del acuerdo.

Conforme al segundo párrafo del artículo 29 del reglamento, las cláusulas obligacionales «establecen derechos y deberes de naturaleza colectiva laboral entre las partes del convenio». Se entiende la dimensión colectiva de la que habla la norma, puesto que las partes vinculadas por el contenido obligacional serán, esencialmente, sujetos colectivos, organizaciones sindicales o patronales, y aun en el caso de no serlo, como cuando el empresario negocia individualmente, representarán siempre un interés colectivo.

En consecuencia, estas cláusulas serán las encargadas de instrumentar, mediante fórmulas diversas, los compromisos que asumen las partes que suscriben el acuerdo, y que podrán manifestarse, como afirma Rosenbaum (citado por Grzetich 1988: 117), en sentido positivo —acciones— o negativo —abstenciones—. La finalidad, no exclusiva, pero si primordial, del contenido obligacional es garantizar la aplicación del convenio, o por lo menos contribuir a ello, mientras esté vigente. Destacan entonces, entre estas cláusulas, los pactos de paz laboral.

Ahora bien, la genérica expresión deberes y derechos de naturaleza colectiva determina un alcance objetivo de las cláusulas obligacionales, superior al puramente garantista del convenio. Siguiendo a Ojeda (2003: 712) y Giugni (1992: 160-163) puede descomponerse el contenido obligacional en cinco tipos de cláusulas:

- las dirigidas a ordenar la actividad contractual de los sujetos negociadores, por ejemplo, acuerdos procedimentales para futuras negociaciones;

Fondo Editorial PUCP

- las destinadas a la administración del convenio colectivo, por ejemplo, establecimiento de mecanismos de solución de conflictos originados en la interpretación o aplicación del propio convenio;
- las dirigidas a garantizar lo estipulado convencionalmente (este es el espacio de las cláusulas sobre deber de influencia y paz sindical) y que conciernen directamente a las organizaciones estipulantes;
- aquellas destinadas a asegurar el ejercicio de los derechos sindicales, por ejemplo, licencias sindicales, descuento de cuotas los afiliados[14]; y,
- las cláusulas institucionales que fomentan o desarrollan instituciones de tipo previsional, como la formación de mutuales o cooperativas sindicales.

5.1.2.3 Cláusulas delimitadoras

Según el tercer párrafo del artículo 29 del reglamento, las cláusulas delimitadoras del convenio colectivo que son aquellas «destinadas a regular el ámbito y vigencia del mismo». Si bien corresponde a los sujetos negociadores establecer los diferentes niveles o ámbitos —espacial, personal y temporal— en los cuales el convenio colectivo desplegará su eficacia, esta es una decisión que se verá impregnada necesariamente por un conjunto condicionantes establecidos en la LRCT, en particular, los referidos a la estructura sindical y negocial, pues será el tipo de organización sindical el que determinará la unidad en la que se negocie, y con ello, el ámbito, al menos espacial, en el que rija el convenio colectivo resultante.

Asimismo, el precepto en cuestión señala que, según el artículo 29º de la LRCT, las cláusulas delimitadoras se interpretan como contratos, dándoseles una naturaleza obligacional que no tienen, ya que las mismas alcanzan por igual, además de los sujetos firmantes del convenio, al resto de trabajadores y empresarios comprendidos en su ámbito de aplicación.

a. *Ámbito espacial:* este ámbito hace referencia a la unidad en el que se desarrolla la negociación y al alcance territorial que las partes quieren darle al convenio colectivo. El artículo 44º de la LRCT establece como unidades de aplicación del convenio colectivo, a elección de las partes, la empresa, la rama de actividad y el gremio. Sin embargo, si la propia ley permite a los trabajadores organizarse en unidades menores —categoría, sección o establecimiento determinado de una empresa— e inclusive mayores —oficios varios— de las citadas, es posible que se desarrollen negociaciones colectivas también en dichos niveles.

[14] Para Ojeda (2003: 712) este tipo de cláusulas se ubica en el rubro anterior; sin embargo, creemos que, en puridad, las normas dirigidas a facilitar la acción sindical en la empresa —facilidades, prerrogativas, mecanismos de protección— desbordan a los sujetos firmantes del convenio.

Fondo Editorial PUCP

Por su parte, según el artículo 46º de la LRCT una negociación podrá tener alcance local, regional o nacional, lo que no quiere decir, sin embargo, que tenga que abarcar necesariamente la totalidad de las extensiones geográficas señaladas, pues podría perfectamente extenderse solo a parte de ellas o, inclusive, a varias, como sería el caso, una negociación interregional. En consecuencia, el ámbito espacial de un convenio colectivo dependerá de las formas de organización asumidas por las partes, de la unidad de negociación que en particular hayan seleccionado para negociar, así como de la extensión geográfica escogida para tal efecto. De esta manera, si el sujeto colectivo que toma la iniciativa negocial es un sindicato de empleados de una empresa, ese será el ámbito de aplicación del convenio colectivo resultante y no otro.

b. *Ámbito temporal:* el convenio colectivo tiene, por su origen, una clara vocación temporal[15]. Como ha puesto de relieve la Corte Suprema de Justicia la temporalidad de los convenios colectivos es inherente a «la esencia de todos los contratos de tracto sucesivo». Su carácter consensual, agrega el Tribunal, explica la duración limitada de un convenio colectivo, «porque es mucho más fácil llegar a un acuerdo que dura cierto tiempo que a un acuerdo para siempre»[16]. En esa lógica, según el inciso c del artículo 43º de la LRCT, la duración del convenio colectivo será la que fijen las partes y, solo a falta de acuerdo, su vigencia será de un año. Estamos ante un claro ejemplo de supletoriedad de la norma estatal, por lo que los sujetos negociadores son los llamados a fijar la duración del convenio colectivo, que podrían perfectamente establecer en un plazo menor o mayor a un año, para todo o parte del convenio. Esta regulación responde a la modificación introducida por la Ley 27912, con el fin de levantar una serie de observaciones del Comité de Libertad Sindical. En su versión inicial, la LRCT no permitía a las partes establecer un plazo menor al año pero sí mayor, lo que resultaba, sin duda, cuestionable y limitativo de la autonomía colectiva consagrada en la Constitución y en la normativa internacional de trabajo.

[15] Según Rodríguez-Piñero «el factor de flexibilidad más notable con que cuenta el Derecho del Trabajo es esta temporalidad del convenio colectivo, que posibilita la permanente adaptación a los cambios de circunstancias de las normas colectivas» (1986: 2-3). En el mismo sentido, se pronuncia Aradilla, quien señala que «la autonomía colectiva es flujo continuo que suele elaborar normas de carácter temporal muy dependientes de la coyuntura —económica y social— y por ello renovables o revisables periódicamente» (1999: 24).

[16] Sentencia de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, recaída en la Casación Nº 650-2005-PIURA, fundamento sexto.

Fondo Editorial PUCP

De otro lado, el inciso d del propio artículo 43 establece que el convenio colectivo continúa rigiendo mientras no sea modificado por un convenio posterior, sin perjuicio de aquellas cláusulas que hubieren sido pactadas con carácter permanente o cuando las partes acuerden expresamente su renovación o prórroga total o parcial. Este precepto consagra la ultraactividad automática del convenio colectivo para los casos en que, vencido el plazo legal o convencional del convenio, este no haya sido modificado por otro y hasta que ello ocurra[17].

En definitiva, la LRCT «consagra como presupuesto general el carácter temporal de las cláusulas convencionales» y de modo «excepcional la posibilidad de acuerdos con vocación de permanencia, aunque exigiendo para su eficacia su expresa estipulación en el pacto social en forma inequívoca»[18]. De esta manera, se presentan dos tipos de cláusulas: las temporales, que son aquellas que tienen una fecha fija de vencimiento, por lo que, acorde con el principio de ultraactividad antes señalado, regirán hasta que entre en vigor el nuevo convenio, salvo que las partes opten expresamente por conservarlas; y las permanentes o atemporales, que se suponen excepcionales, cuya vigencia finaliza cuando sean modificadas o derogadas expresamente por las partes.

c. *Ámbito personal*: finalmente, este ámbito alude a las categorías o grupos de trabajadores que quedan comprendidos o excluidos del convenio colectivo. Por ejemplo, la LRCT excluye del alcance del convenio colectivo al personal de dirección y de confianza (artículo 42), pero las partes del convenio podrían decidir extender los beneficios del mismo a dicho personal. Asimismo, podrían establecerse ciertos beneficios, atendiendo a circunstancias objetivas, a determinada sección o categoría de trabajadores comprendidos dentro del ámbito de aplicación del convenio. En ocasiones, algunos convenios colectivos —de eficacia general— han excluido de su alcance a los trabajadores que no han superado el período de prueba, lo que resulta discriminatorio, pues la finalidad exclusiva del período de prueba es medir las aptitudes laborales del trabajador.

El ámbito personal suele asociarse a los efectos o eficacia personal del convenio colectivo. Sin embargo, esta última alude en sentido estricto —como veremos en

[17] Coincidimos con Aradilla (1999: 30) en que el mecanismo de la ultraactividad tiene como fin «cubrir el *iterim* negociador del próximo convenio», de modo tal de cubrir o evitar el vacío que pudiera producirse entre el término de la vigencia de un convenio colectivo y la celebración y puesta en vigor de uno nuevo. Esto supondrá, no obstante, como indica la propia autora, superar o interceder en la temporalidad natural del convenio colectivo.

[18] Sentencia de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, recaída en la Casación Nº 650-2005-PIURA, fundamentos sexto y sétimo.

Fondo Editorial PUCP

el siguiente punto— a la aplicación del convenio colectivo a todos o parte de los sujetos representados en la negociación por los agentes negociadores, en función, precisamente, del grado de representatividad de los mismos.

5.1.3 Eficacia (*erga omnes* o limitada) del convenio colectivo

Según la representatividad que ostenten los agentes negociadores en una negociación concreta, la eficacia del convenio colectivo puede ser general o *erga omnes*, si se aplica a todos los trabajadores —sindicalizados o no— comprendidos en la correspondiente unidad de negociación[19]; o limitada, si solo se aplica a los trabajadores que se encuentren afiliados a la organización que lo suscribió. Lo natural en la negociación colectiva sería esta última clase de eficacia (la limitada). No obstante, el legislador suele atribuir eficacia general a los convenios colectivos que son negociados cumpliendo ciertos requisitos de legitimidad[20].

En concordancia con lo establecido en el artículo 9 de la LRCT, el convenio colectivo de nivel de empresa tendrá eficacia general si quien negocia del lado de los trabajadores representa a la mayoría absoluta de los mismos, sea que negocie un solo sindicato u organización sindical, una coalición de sindicatos o, de no existir estos, los delegados designados por la mayoría absoluta de los trabajadores; aplicándose también, por mandato expreso del artículo 42º de la LRCT, a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a la empresa. El convenio colectivo tendrá eficacia limitada si el agente negociador no representa a la mayoría absoluta de trabajadores, en cuyo caso el convenio se aplica exclusivamente a los afiliados a la organización pactante, aunque habría que hacer la salvedad que, en este último caso, los efectos del convenio alcanzarán también a los trabajadores que posteriormente se afilien al sindicato[21]. Es decir, no es necesario que los trabajadores hayan estado sindicalizados al momento de suscribirse el convenio. Esto, desde luego, no desnaturaliza la eficacia limitada del convenio, que continuará abarcando exclusivamente a los sujetos afiliados al sindicato[22].

[19] Como señala Aradilla (1999: 24), en alusión a los convenios colectivos estatutarios españoles, «la extensión legal de la eficacia personal del convenio a los incluidos en su ámbito de aplicación, con independencia de la afiliación a las organizaciones firmantes […] consigue hacer del convenio la regla uniforme de la unidad de negociación, y aquella regla extensiva se justifica en la exigencia de especiales requisitos de legitimidad para negociar este tipo de convenios».

[20] Al respecto, véase la imagen número 8.

[21] Así lo ha precisado la Sentencia de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, recaída en la Casación Nº 1381-2005-CONO NORTE-LIMA, fundamento duodécimo.

[22] Véase la imagen 8, cuadros sobre los sujetos legitimados para negociar por nivel de empresa.

Fondo Editorial PUCP

Por su parte, el artículo 46 de la LRCT establece que, para que un convenio colectivo de rama de actividad o gremio tenga eficacia general, el sindicato o sindicatos que negocien deben representar a la mayoría de las empresas y los trabajadores de la actividad o gremio respectivo, así como que sean convocadas directa o indirectamente todas las empresas de dicho ámbito[23].

5.2 La facultad normativa del empleador

5.2.1 Consideraciones generales. Libertad de empresa y poder de dirección empresarial

El desarrollo de toda actividad empresarial exige que la misma se encuentre organizada o dirigida por alguien. Para asegurar el éxito en la gestión de dicha actividad, el empresario se encuentra dotado de un conjunto de facultades o poderes, con la finalidad de impartir órdenes e instrucciones y de asegurar su cumplimiento. Estas facultades tienen sustento en las libertades económicas consagradas constitucionalmente, en particular, en la libertad de empresa recogida en el artículo 59 de la Carta Fundamental. Para el Tribunal Constitucional, la libertad de empresa comprende cuatro libertades, entre las que merece destacarse a la libertad de organización[24], porque en ella incluimos, como señala Blancas, los asuntos referidos a la contratación y a la política de personal, así como todo lo relativo a la administración de las relaciones laborales. Y agrega el citado autor, que:

> […] es innegable, en un régimen que de forma explícita reconoce la libertad de empresa, así como el derecho de propiedad y, en general, la iniciativa privada y la economía de mercado, el empleador, en tanto titular o propietario de la empresa, debe gozar de las facultades necesarias para organizarla, dirigirla y administrarla de acuerdo con sus intereses y objetivos, lo que incluye, necesariamente, la organización y la dirección del trabajo (Blancas 2007: 105).

Según Raso estos poderes empresariales pueden tener diversas orientaciones, siendo uno de ellos el poder de dirección, concerniente a la ordenación de las prestaciones laborales (Raso 1984: 224). Así, el ordenamiento jurídico le «atribuye al empresario un poder de dirección, como poder de especificación o concreción de

[23] Véase la imagen 8, cuadros sobre los sujetos legitimados para negociar por nivel de rama de actividad.

[24] STC del 11 de julio de 2005, recaída en el expediente Nº 3330-2004-AA/TC. Las otras libertades son: «libertad de creación de empresa y acceso al mercado», «libertad de competencia» y «libertad para cesar las actividades de la empresa».

Fondo Editorial PUCP

la prestación laboral y, como contrapartida del mismo, surge un deber de obediencia en el trabajador» (Sala 1989: 530).

El fundamento de los poderes empresariales lo encontramos también en la propia caracterización de la relación de trabajo, los que surgen automáticamente como consecuencia de la celebración del contrato (Montoya 2009: 365). Recordemos que uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo es la subordinación. Esto es, la relación que existe entre el generador de los frutos del trabajo —trabajador— y el propietario de los mismos —empresario—. La subordinación es el vínculo jurídico del cual derivan el derecho del empleador de disponer de la actividad del trabajador y la correlativa obligación de este de acatar las indicaciones que el primero le imparta, en ejercicio de tal facultad[25]. El trabajador se somete a las órdenes del empresario, quien dirige su labor para obtener los frutos esperados.

Como se aprecia, el derecho del trabajo se ha encargado de limitar la autonomía individual de los sujetos laborales. Sin embargo, eso no significa que no se le haya reservado un campo de regulación. Es cierto que el contenido del contrato de trabajo se encuentra predeterminado heterónoma y autónomamente, pero sigue quedando un margen para la regulación contractual. Precisamente, respecto de aquellas materias no reguladas por normas estatales o convencionales, en todo lo regulado por normas dispositivas y en la parte dispositiva de las materias reguladas por normas de derecho necesario relativo (Sala 1989: 403).

Lo mismo ocurre con el poder de dirección, que también se encuentra normado por disposiciones de origen estatal y convencional, sin embargo, «podría afirmarse que la modificación de aquellas condiciones que no han sido normativizadas o contractualizadas pertenece a la esfera del poder de dirección empresarial» (Sala 1989: 408). En consecuencia, el contenido del poder de dirección puede ser amplio, hasta donde lo permitan la autonomía privada y la heteronomía estatal, en el sentido que comprende tanto funciones ordenadoras, como de control y vigilancia, y de decisión sobre la organización de la empresa (Montoya 2009: 366). Sin embargo, el poder del empresario no es absoluto, se encuentra sujeto a límites externos e internos. Los primeros son el conjunto de disposiciones de origen estatal y convencional —Constitución, ley, convenio colectivo, reglamento interno, e inclusive el propio contrato de trabajo— que establecen derechos para los trabajadores y obligaciones al empresario. En tal sentido, adolecen de nulidad las órdenes impartidas por el empresario que infrinjan dicha normativa. Los segundos límites exigen un ejercicio regular del poder de dirección. De un lado, quien dicta una orden al trabajador debe encontrarse

[25] Confróntese: Sanguineti Raymond, Wilfredo (2000). *El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo.* Lima: Gaceta Jurídica.

Fondo Editorial PUCP

legitimado para hacerlo. De otro lado, las órdenes impartidas no pueden ser abusivas; deben, por tanto, referirse al desarrollo de la actividad productiva, y no deben atentar contra la dignidad del trabajador[26].

El poder empresarial abarca, en consecuencia, distintos aspectos de la organización del trabajo. Entre tales manifestaciones, Montoya señala a la ordenación de las singulares prestaciones laborales —poder de dirección— y la represión de las conductas laboralmente ilícitas del personal de la empresa, o poder disciplinario (2009: 365-371)[27].

Para la ordenación de las relaciones laborales el empleador goza de un doble mecanismo:

- La impartición de órdenes e instrucciones, verbales o escritas, de carácter general o particular, como manifestación de su poder de dirección.
- La elaboración de un reglamento interno de trabajo.

La posibilidad de impartir órdenes e instrucciones es una facultad de ejercicio continuo. Se materializa mediante decisiones concretas que imponen o prohíben conductas a cada trabajador en particular (Raso 1984: 224). Esta manifestación del poder de dirección no tiene naturaleza normativa, sino contractual.

Cuando la formulación de las órdenes e instrucciones empresariales son de carácter general, porque afectan a un universo indeterminado de trabajadores de una empresa, y son sistematizadas en un «único cuerpo normativo», estamos ante la presencia del reglamento interno de trabajo (Villanueva 1991: 162) que tendrá carácter normativo.

Así, las instrucciones empresariales derivadas de su poder de dirección tienen una naturaleza diferenciada del reglamento de trabajo, pues su fuerza obligatoria no deriva de su calidad de norma jurídica —que no tiene—, sino de la sujeción del trabajador al poder de dirección del empresario, cuya explicación y fundamento, como se ha visto es de carácter contractual (Sala 1989: 234).

---

[26] Puede profundizarse en este tema consultando en Montoya (2009: 366-367) y Raso (1984: 232).

[27] En sentido similar se pronuncia Valdés, para quien se derivan de la libertad de empresa, facultades como «la contratación de los trabajadores, la ordenación y especificación de las prestaciones laborales, la adaptación de la organización del trabajo a los requerimientos del mercado, el establecimiento de los medios de control y de reglas generales de conducta y disciplina laborales o la imposición de sanciones por falta o incumplimiento contractuales del trabajador» (1992: 31-32). Así lo sostiene expresamente el artículo 9 de la LPCL, cuando señala que el empleador «tiene facultades para normas reglamentariamente las labores (del trabajador), dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador». Puede igualmente, según la indicada norma, «introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades de la empresa».

Fondo Editorial PUCP

5.2.2 El reglamento interno de trabajo

5.2.2.1 Noción y jerarquía

La potestad normativa del empleador, entendida como la capacidad de crear, modificar o extinguir normas jurídicas consideradas como válidas dentro de un ordenamiento jurídico determinado (Predieri 1984: 169), se plasma en el reglamento interno de trabajo (en adelante RIT). Se trata, como sostuviéramos líneas arriba, de una norma laboral producto del ejercicio del poder de dirección del empresario. En consecuencia, al emanar el RIT de la autonomía de la voluntad de un particular —empleador—, se ubica en el nivel terciario del sistema de fuentes de derecho, razón por la cual no podrá transgredir a otras de mayor jerarquía que, en puridad, son el resto de normas laborales[28].

Si bien es una fuente que en otros países ha perdido importancia aún la tiene en el nuestro aunque en forma residual, ya que mucho de lo podría ser regulado por él podría estarlo ya por otras normas de mayor importancia y jerarquía.

5.2.2.2 Contenido

El reglamento interno de trabajo tiene como finalidad regular las relaciones de trabajo intramuros de la empresa. Como lo señala el Decreto Supremo 039-91-TR (norma que ha introducido una serie de modificaciones en esta institución laboral), se encarga de establecer «las condiciones a que deben sujetarse empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones» (artículo 1).

Los anteriores dispositivos sobre la materia no se preocuparon de fijar detenidamente el contenido del RIT. Mantuvieron una fórmula general, por la cual el RIT debía consignar disposiciones conducentes al mantenimiento de la armonía en las relaciones laborales entre trabajadores y empleadores (Resolución Suprema Nº 5/DT, del 20 de julio de 1956, artículo 1º). Sin embargo, esto permitía establecer un determinado contenido, el mismo que ha sido recogido en forma bastante detallada, pero no cerrada, por la nueva norma.

El decreto supremo 039-91-TR, en su artículo 2º precisa que las principales disposiciones que debe contener el RIT son, entre otras, las relativas a la admisión o ingreso de trabajadores, las jornadas y horarios de trabajo —incluido tiempo de la alimentación principal—, normas de control de asistencia al trabajo, normas sobre la permanencia en el puesto —debe incluir lo que respecta a los permisos, licencias e inasistencias al trabajo—, modalidad de los descansos semanales, medidas disciplinarias, normas elementales sobre seguridad e higiene en el trabajo, indicaciones para

[28] En el mismo sentido se pronuncian Neves (1989: 35-36) y Villanueva (1992: 162).

Fondo Editorial PUCP

evitar accidentes u otros riesgos profesionales e instrucciones respectivas para prestar los primeros auxilios. Asimismo, se señala que podrán establecerse otras disposiciones que se consideren convenientes de acuerdo a la actividad de la empresa.

Como vemos, nos encontramos ante un sistema de listado abierto que otorga una amplia facultad normativa al empresario en este campo, la que, por otro lado, de no usarse correctamente, podría acarrear serios perjuicios a los trabajadores, sobre todo, si se ha optado, como analizaremos más adelante, por un sistema de control *ex-post* y no previo de control del RIT.

5.2.2.3 Órgano productor y procedimiento de producción

Según el decreto supremo 039-91-TR, el empleador presenta a la Autoridad Administrativa de Trabajo tres ejemplares del RIT, los que quedan automáticamente aprobados a su sola presentación. El mismo procedimiento se sigue en el supuesto de modificación.

Posteriormente, dentro de los cinco días (naturales) siguientes de presentado el RIT o su modificación al Ministerio de Trabajo, el empleador se encuentra obligado a hacer entrega a los trabajadores de un ejemplar de dicho RIT o de su modificación.

En este punto encontramos una variación sustancial respecto de lo establecido por la anterior normativa, que contemplaba la intervención de los trabajadores y de la Autoridad de Trabajo para su aprobación.

El procedimiento anterior exigía que, previo al envío del RIT a la Autoridad de Trabajo, este se pusiera en conocimiento del sindicato o, a falta de este, de los representantes de los trabajadores, a fin de que formularan las observaciones pertinentes ante la propia Autoridad de Trabajo, quien finalmente resolvía la controversia (Resolución Ministerial Nº 221-86-TR del 19-05-86).

Si bien el RIT es una norma producida por el empleador, el procedimiento anterior no implicaba una desnaturalización del mismo, simplemente una democratización en su elaboración (Neves 1989: 97). Como afirmaba Franco (1989: 65), no era necesario el acuerdo de los trabajadores para que el reglamento interno tuviera validez. La finalidad de las observaciones que se formulaban entonces no era otra que la de evitar que las disposiciones establecidas por el empleador en el RIT violaran los derechos laborales de los trabajadores. A diferencia de la normativa anterior al decreto supremo 039-91-TR, este no exige la aprobación del RIT por la Autoridad Administrativa de Trabajo, habiéndose eliminado así una forma de intervencionismo estatal, muy marcado en nuestro medio.

También se ha dejado sin efecto el procedimiento en virtud del cual los trabajadores podían pedir la revisión y adecuación del RIT a los dispositivos legales y convencionales que hubieran entrado en vigencia con posterioridad a su aprobación

Fondo Editorial PUCP

(decreto supremo 003-A-87-TR, del 1 de abril de 1987, artículo 1º). Creemos que la eliminación de este procedimiento no supone la desprotección de los derechos de los trabajadores, por cuanto de presentarse el supuesto señalado, debería preferirse, para el caso concreto, la norma estatal o convencional.

5.2.2.4 Control de legalidad

El decreto supremo 039-91-TR ha establecido un sistema de control judicial de la legalidad para el RIT. En ese sentido, los trabajadores que consideren que las disposiciones del RIT violan normas de origen legal y/o convencional, podrán accionar judicialmente. Al no haberse establecido un procedimiento judicial específico en la Ley Procesal de Trabajo, habrá que acudir al proceso laboral ordinario.

Lo anterior significa que el RIT nace, como ocurre con toda norma jurídica, con una presunción de legalidad, y en tanto no se produzca un pronunciamiento judicial en contrario, mantendrá plena validez. Desde su entrada en vigencia es de obligatorio cumplimiento tanto para los trabajadores como para el empleador. Aquí también radica la importancia del RIT, que actúa como una limitación, impuesta por el propio empresario, de sus potestades normativas y de dirección, por lo que no podría exigir a sus trabajadores conductas distintas de las que prescribió en el reglamento de trabajo (Raso 1984: 234).

No puede desconocerse que las disposiciones de un RIT tienen consecuencias importantes, puesto que su incumplimiento podría ocasionar incluso el despido de un trabajador (artículo 25, inciso a) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral). Por tal motivo, creemos que en un caso concreto el juez, en virtud de las facultades otorgadas constitucionalmente, podría desestimar su aplicación, si encuentra que la medida adoptada por el empleador, amparada en el RIT, contraría disposiciones de mayor jerarquía (artículo 138 de la Constitución).

5.3 La costumbre

Se entiende por costumbre a la práctica reiterada que genera en el ámbito o comunidad donde se da, la convicción de obligatoriedad, es decir, que establece para sus miembros un conjunto de derechos y obligaciones. Su existencia supone la conjunción de dos requisitos: uno objetivo, esto es, el hecho o la práctica continua, generalizada y exteriorizada, y otro subjetivo, que consiste en la conciencia de que dicha práctica es obligatoria para quienes se encuentran dentro de su ámbito de aplicación y que, en virtud de ella, se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas (*opinio iuris*). La ausencia de alguno de estos requisitos hará que no estemos ante una costumbre jurídica.

Fondo Editorial PUCP

De otro lado, la generalidad y abstracción de las reglas que emanan de una práctica reiterada nos permiten identificar a la costumbre como fuente de derecho o costumbre normativa, y diferenciarla de un uso o comportamiento, también reiterado, pero que se da exclusivamente entre sujetos claramente singularizados, por ejemplo, entre un trabajador y su empleador. Por tanto, se ha dicho que en este último caso no estamos ante una norma jurídica y, en esa medida, no se produce una costumbre propiamente dicha, sino una eventual adquisición de derechos, como consecuencia de consolidación por el transcurso del tiempo.

Para que se dé la costumbre no importa la duración de la misma, simplemente tiene que ser una práctica repetida en el tiempo. Sin embargo, no será suficiente alegarla, quien lo hace tendrá que demostrar su existencia, conforme a lo establecido en los artículos 190 y 196 del Código Procesal Civil y 23.3.a de la Ley Procesal del Trabajo.

Ahora bien, en el ámbito laboral la jurisprudencia ha establecido como criterio temporal la repetición por dos años consecutivos de la percepción de un mismo beneficio, a fin de que el mismo pueda ser exigible por el trabajador. Este es un criterio establecido para beneficios de periodicidad anual, por lo que creemos discutible ampliarlo para beneficios de periodicidad distinta.

Respecto al rango que tiene la costumbre normativa en el sistema de fuentes, concordamos con Neves pues, si bien aquella no nace de la autonomía privada, por tener su origen en sujetos particulares, debe ubicarse en el nivel terciario (2009: 99). Y esto independientemente de que se trate de una costumbre autónoma o de una costumbre llamada o incorporada en una norma jurídica. En este último caso, lo único que hace la norma jurídica en cuestión es remitirse a una costumbre ya existente, a fin de regular por esa vía determinado supuesto de hecho, aunque ello no signifique que esa costumbre deba asumir el nivel jerárquico de la norma de remisión.

5.4 La sentencia

Como consecuencia de la función jurisdiccional atribuida al Poder Judicial, este puede producir diversos actos reguladores de situaciones laborales. Son cuatro los actos jurisdiccionales posibles de ser producidos en nuestro ordenamiento, aunque no todos ellos son fuente de derecho: la sentencia común, la doctrina jurisprudencial, la sentencia normativa y la sentencia anulatoria.

5.4.1 Sentencia (común)

La sentencia ordinaria o común es el acto jurisdiccional típico del poder judicial en virtud del cual se pone fin a un conflicto de intereses, con carácter de cosa juzgada y

Fondo Editorial PUCP

que vincula a las partes que intervienen en el proceso. Por tanto, en sentido estricto, la sentencia común no es fuente de derecho, sino fuente de obligaciones.

Ahora bien, habría que determinar si la jurisprudencia, entendida como el conjunto de ejecutorias —dos o más sentencias— en un mismo sentido, que resuelven sobre casos semejantes —reiteración y uniformidad— y emanadas del máximo tribunal de justicia, puede considerarse como un precedente de observancia obligatoria que vincule la decisión futura de los órganos jurisdiccionales. Atendiendo a los principios de seguridad jurídica e igualdad de trato, la respuesta debería ser afirmativa, puesto que la situación descrita genera válidamente en la comunidad jurídica la idea de que en el futuro los casos similares serán resueltos de la misma manera. No obstante, en un determinado caso, podría justificarse que el juzgador se aleje del precedente, lo que debería permitirse en la medida que se fundamente tal decisión y siempre que responda a un criterio objetivo.

5.4.2 Doctrina jurisprudencial. Los acuerdos adoptados en un pleno casatorio

Nuestro ordenamiento denomina doctrina jurisprudencial a dos clases de resoluciones judiciales. De un lado, a la sentencia recaída en un proceso judicial adoptada en un pleno casatorio por los vocales de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, conforme al artículo 400 del Código Procesal Civil, cuando una de las Salas de la Corte Suprema lo solicite, en consideración de la naturaleza de la decisión a tomar —en casación— en un caso concreto, los vocales se reunirán en Sala Plena para discutir y resolver el caso. El pleno casatorio es obligatorio cuando se conozca que otra Sala de la Corte Suprema está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado y se pretenda variar el criterio.

Señala el indicado precepto que la decisión que se adopte —sentencia— en dicho pleno constituye doctrina jurisprudencial, se publica en el diario oficial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio. En esa medida, dicho acto jurisdiccional es propiamente una fuente de derecho, en la medida que genera un precedente que no puede ser desatendido por los diferentes órganos jurisdiccionales, incluso por la propia Corte Suprema, en tanto no se varíe criterio por otro pleno casatorio.

Esta es una institución que apuntala la finalidad de la casación. En efecto, si la casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación o interpretación del derecho objetivo, así como la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República, resulta lógico que trate de evitarse pronunciamientos disímiles respecto de casos similares. En ese sentido, el fundamento último de la institución casatoria es la preservación de los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley.

Fondo Editorial PUCP

Habría que diferenciar esta figura de los llamados plenos jurisdiccionales de las salas especializadas a los que se refiere el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Estos plenos, que se vienen realizando fundamentalmente por las Salas Especializadas de las Cortes Superiores de Justicia, tienen por finalidad concordar la jurisprudencia cuando esta sea contradictoria. No obstante, la norma no indica la forma jurídica que adopta el acuerdo adoptado en el pleno —a diferencia de la doctrina jurisprudencial, el pleno no se produce para resolver un caso concreto—, así como tampoco cuáles son sus efectos —aunque parecerían tener carácter vinculante, atendiendo a la finalidad del acuerdo— y si se requiere o no de publicación para su validez.

En la práctica, los acuerdos adoptados en los plenos jurisdiccionales de Salas Especializadas de las Cortes Superiores vienen siendo aprobados por resoluciones administrativas de la correspondiente Sala Permanente de la Corte Suprema —así, por ejemplo, los acuerdos de los plenos jurisdiccionales laborales se aprueban por resolución administrativa de la Sala Permanente de Derecho Social y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República—, dotándolos de carácter obligatorio para los magistrados de las instancias inferiores.

En segundo lugar, también se denomina doctrina jurisprudencial a las sentencias expedidas por las Salas Especializadas de la Corte Suprema que establezcan principios de alcance general a partir de un caso concreto. En esa medida, como veremos en el acápite siguiente, estamos en estricto ante sentencias normativas.

5.4.3 Sentencia normativa

Se trata de la sentencia recaída en un caso particular, pero de la cual es posible extraer una interpretación de alcance general. Esta clase de sentencias están previstas en nuestro ordenamiento en los procesos de *habeas corpus* y amparo y de modo general en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En efecto, de un lado, la Ley 23506 del Código Procesal constitucional establece en su artículo 9 que las resoluciones dictadas en procesos de *habeas corpus* y amparo constituyen precedentes de obligatorio cumplimiento cuando de ellas se puedan extraer principios de alcance general. Por su parte, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que las sentencias emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Suprema que contemplen principios jurisprudenciales generan, igualmente, un precedente obligatorio. Por el carácter vinculante que se les otorga a esta clase de sentencias, estamos, en principio, ante una fuente de derecho; de ahí que se les denomine «normativas». No obstante, en ambos casos, tanto la Ley de *Habeas Corpus* y Amparo como la Ley Orgánica del Poder Judicial permiten que, por excepción, cualquier magistrado pueda apartarse del precedente, para lo cual deberá motivar

Fondo Editorial PUCP

adecuadamente su fallo. De esta manera, se vuelve relativo el carácter vinculante de este tipo de fallos.

La posibilidad de apartarse del precedente permite diferenciar las sentencias normativas de la doctrina jurisprudencial analizada en el acápite. Otra diferencia la encontramos en el órgano productor, porque como se ha visto, si bien la sentencia normativa pone fin a un proceso determinado, la misma se expide, no por la Sala Plena de la Corte Suprema, sino por la sala especializada a la que corresponde resolver en casación dicho conflicto.

5.4.4 Sentencia anulatoria

Finalmente, la cuarta clase de acto jurisdiccional es la sentencia anulatoria de normas, recaída en un proceso establecido para tal efecto. Sería el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional como consecuencia de procesos de inconstitucionalidad que anulan las leyes o normas con rango de ley que vulneran la Constitución (artículos 204 de la Constitución y 25 de la Ley 26435) y las sentencias emanadas del Poder Judicial en los procesos de acción popular contra reglamentos o normas administrativas de carácter general que infrinjan las leyes o la Constitución (artículo 22 de la Ley 24968). Aquí estamos, por tanto, ante actos normativos en sentido negativo.

5.5 El contrato de trabajo

Como se ha visto en el primer capítulo, la existencia del contrato de trabajo supone la concurrencia de determinados elementos esenciales: prestación personal de servicios, remuneración y subordinación. A partir de aquí, interesa resaltar que el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades entre un trabajador y su empleador —autonomía individual— que da inicio a la relación de trabajo y que establece los derechos y obligaciones a los que deben sujetarse las partes del contrato.

Cabe señalar, sin embargo, dos características importantes del contrato de trabajo. De un lado, su carácter residual como fuente reguladora de la relación de trabajo, en la medida que gran parte de los derechos y obligaciones que forman parte del contenido de dicha relación están ya predeterminadas por otras fuentes de mayor importancia y que ya han sido objeto de análisis en el presente tema y en los temas anteriores: Constitución, ley, reglamento, convenio colectivo, etcétera. De otro lado, el contrato de trabajo es concebido como un contrato de adhesión, por cuanto lo regulado por esas otras fuentes resulta, en su mayor parte, un mínimo indisponible para la autonomía individual. Pero es precisamente sobre esos mínimos o ante la ausencia de los mismos que suele actuar el contrato de trabajo.

Fondo Editorial PUCP

Finalmente, hay que destacar que el contrato de trabajo no es fuente de derecho objetivo, sino fuente de obligaciones, al vincular exclusivamente a sujetos concretos, es decir, únicamente los que forman parte del contrato. Esa naturaleza obligacional está puesta de manifiesto por el artículo 1402 del Código Civil. En cualquier caso, las peculiaridades del contrato de trabajo están reguladas, fundamentalmente, en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

5.6 Selección de jurisprudencia

- STC del 10 de mayo de 2004, recaída en el expediente N° 1378-2003-AA/TC, la convención colectiva de trabajo no tiene efecto vinculante para quien no intervino en su suscripción, aunque haya aplicado unilateralmente algunas de las estipulaciones consignadas en la misma.
- STC del 10 de mayo de 2004, recaída en el expediente N° 1300-2005-PA/TC, el derecho constitucional a la negociación colectiva se expresa principalmente en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre los empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
- STC del 24 de agosto de 2006, recaída en el expediente N° 6624-2006-AA/TC, la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
- Sentencia del 19 de mayo de 2003, recaída en la Casación N° 624-2002-LIMA, el empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de labores, dentro de los criterios de racionabilidad, teniendo en cuenta las necesidades de la empresa. Así, de acuerdo a la ley marco para el crecimiento de la inversión privada, toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente.
- STC del 19 de agosto de 2002, recaída en el expediente N° 0895-2001-AA/TC, la costumbre no es sino fuente supletoria de derecho, no pudiendo por ello anteponerse a la ley, que es fuente inmediata y primordial de derecho, y menos aún derogarla, porque según nuestra Constitución, una ley se deroga solo por otra ley.
- Sentencia del 22 de junio de 2001, recaída en la Casación N° 0733-96-SAN MARTIN, el origen de la negociación colectiva es el pliego de reclamos, por lo tanto, los efectos de la convención colectiva a la que se arribe se retrotraen al momento de su presentación.

Fondo Editorial PUCP

- Sentencia del 27 de enero de 2000, recaída en la Casación N° 113-98-LORETO, el numeral segundo del artículo 27 de la Ley 26636 establece que corresponde al empleador demandado probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales, los convenios colectivos, la costumbre, el reglamento interno y el contrato individual del trabajo, lo que implica un reconocimiento del legislador respecto a la insuficiencia probatoria del trabajador.
- Sentencia de la Sala Laboral de la Corte Superior, recaída en el expediente N° 4148-2003-I. D. P. (S), el contrato de trabajo es una fuente de las obligaciones, su incumplimiento por parte del empleador sea por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, acarrea la responsabilidad por daños y perjuicios a que se refiere el artículo 1321º del Código Civil.
- Sentencia del 26 de noviembre de1998, recaída en la Casación N° 1546-97-LIMA, los contratos laborales sujetos a modalidad son eminentemente formales. A falta de presentación de la solicitud correspondiente ante la autoridad administrativa del trabajo, según lo establece el artículo 116 del Decreto Legislativo N° 728, se convierte en uno de duración indeterminada que solo puede ser resuelto por causa justa.

5.7 Bibliografía citada

Alonso Olea, Manuel (1990). *Las fuentes del derecho: en especial del derecho del trabajo según la Constitución.* Madrid: Civitas.

Alonso Olea, Manuel y María Emilia Casas Bahamonde (2008). *Derecho del Trabajo.* Madrid: Civitas Ediciones S.L.

Aradilla Marqués, María José (1999). *La indisponibilidad del convenio colectivo y sus límites.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Bobbio, Nolberto (2005). *Teoría General de Derecho*. Bogotá: Temis.

Boza Pró, Guillermo (2009). El convenio colectivo de trabajo como fuente de derecho: naturaleza jurídica, contenido y efectos. En *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, pp. 101-118.

De la Villa, Luis Enrique; Gabriel García Becedas e Ignacio García Perrote (1992). *Instituciones del Derecho del Trabajo*. Madrid: Ceura.

Del Rey Guanter, Salvador (1988). Infracciones laborales y cumplimiento de los convenios colectivos. En *Relaciones Laborales (I y II).* Madrid: La Ley, pp. 101-161.

Franco Pérez, Julio (1989). *Naturaleza, alcances y límites del poder disciplinario del empleador*. Tesis para optar por el título de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fondo Editorial PUCP

García Murcia, Joaquín (1988). Contenido normativo y obligacional en los convenios colectivos laborales. *Actualidad Laboral* (I y II), n° 23 y 24.

García Perrote, Ignacio (1988). Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios normativos. *Documentación Laboral,* nº 25, pp. 13-48.

Giugni, Gino (1992). *Diritto Sindícale*. Bari: Cacucci Editore.

Grzetich, Antonio (1988). Cláusulas normativas y obligacionales. En *Veintitrés estudios sobre convenios colectivos.* Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Martín Valverde, Antonio; Fermín Rodríguez-Sañudo y Joaquín García Murcia (2009). *Derecho del trabajo*. Madrid: Ed. Tecnos.

Montoya Melgar, Alfredo (2009). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Ed. Tecnos.

Neves Mujica, Javier (1992). El convenio colectivo como norma. *Asesoría Laboral,* nº 20, agosto, pp. 12-15.

Neves Mujica, Javier (1994). Las fuentes del derecho del trabajo en las constituciones de 1979 y 1993. *Ius et veritas,* año 5, n° 9, pp. 219-230.

Ojeda Avilés, Antonio (2003). *Derecho Sindical.* Madrid: Ed. Tecnos.

Palomeque López, Manuel Carlos (2009). *Derecho Sindical.* Madrid: Ed. Tecnos.

Raso Delgue, Juan (1984). El poder de dirección en la empresa. En *Catorce estudios sobre la empresa*. Montevideo: Ed. Acali.

Rodríguez Piñero, Miguel (1995). *La presunción de existencia del contrato de trabajo*. Madrid: Civitas.

Sala Franco, Tomás (1989). *Derecho del Trabajo.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Sala Franco, Tomás e Ignacio Albiol Montesinos (2003). *Derecho Sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Toyama Miyagusuku, Jorge (1995). El convenio colectivo de trabajo en la Constitución de 1993. *Thémis*, época 2, n° 31, pp. 219-231.

Ugaz Olivares, Mauro (2009). Transmisión de empresas y convenio colectivo. En *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, pp. 397-421.

Valdés Dal-Re, Fernando (1992). Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador. En Aparicio, Joaquín y Baylos, Antonio. *Autoridad y democracia en la empresa*. Madrid: Ed. Trotta.

Villanueva Gonzáles, Francisco (1991). Reglamento Interno de Trabajo. En *Derecho Laboral* (Materiales de Enseñanza). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fondo Editorial PUCP

Capítulo 6
Los principios del derecho del trabajo (I)

Aspectos generales, principio protector y sujetos especialmente protegidos

---

Sumario: 6.1. La función de los principios del derecho del trabajo.- 6.2. La recepción normativa de los principios del derecho del trabajo en el ordenamiento peruano.- 6.3. El principio protector y los sujetos especialmente protegidos. 6.3.1. El principio protector. 6.3.2. Los sujetos especialmente protegidos.- 6.4. La madre trabajadora. 6.4.1. La normativa internacional. 6.4.2. Normativa interna. 6.4.2.1. Con relación a determinadas actividades riesgosas. 6.4.2.2. Descansos retribuidos. 6.4.2.3. Extinción de la relación laboral. 6.4.3. Reflexión final sobre los alcances de la protección de madre trabajadora. Hacia los derechos parentales.- 6.5. El trabajador menor de edad.- 6.6. El trabajador discapacitado.- 6.7. Selección de jurisprudencia.- 6.8. Bibliografía citada.

Reseña: en el presente capítulo nos ocuparemos de los aspectos generales de los principios del derecho del trabajo, poniendo énfasis en el llamado principio protector y en los sujetos especialmente protegidos por la Constitución. Los demás principios (irrenunciabilidad de derechos, igualdad de trato, *indubio pro operario*, norma más favorable y condición más beneficiosa) serán materia de estudio de los dos siguientes temas. Por una cuestión de orden metodológico, el principio de primacía de la realidad ha sido tratado en el capítulo 2, en la parte correspondiente a la identificación del contrato de trabajo, que es el espacio en el que suele aplicarse.

Objetivos: al final del capítulo, el alumno comprenderá el origen de los principios del derecho del trabajo y la necesidad de reafirmar su vigencia; conocerá el concepto y los alcances del principio protector; e identificará a los sujetos especialmente protegidos por nuestra Constitución.

Palabras clave: principio protector; protección de la madre trabajadora gestante y en período de lactancia; protección del trabajador menor edad; proscripción del trabajo infantil; protección del trabajador discapacitado.

Fondo Editorial PUCP

6.1 La función de los principios del derecho del trabajo

A partir de la lógica protectora sobre la que se asienta el derecho del trabajo desde su origen histórico[1], irrumpen los principios generales del mismo, entendidos como ideas fundamentales e informadoras del ordenamiento jurídico laboral, cuya finalidad es la de orientar su actuación y cimentar su naturaleza tuitiva o protectora. El Tribunal Constitucional ha señalado que los principios laborales «[…] son reglas rectoras que informan la elaboración de las normas, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas»[2]. Por ello, y con la exclusiva finalidad de cumplir esa función, es que los principios operarán en distintos momentos de la vida normativa, como son: la producción, la interpretación o la aplicación de las normas laborales[3]. Así, a modo de ejemplo, mientras el principio de *indubio pro operario* opera en la fase interpretativa, el de norma más favorable se desenvolverá en la fase aplicativa.

6.2 La recepción normativa de los principios del derecho del trabajo en el ordenamiento peruano

Es con la Constitución de 1979 que un listado bastante amplio de derechos y principios propios del derecho del trabajo fue regulado a nivel constitucional, en una parte especial relativa al trabajo, dentro del Título de los Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona[4]. Esa tendencia positivista iniciada con la Carta de 1979 ha permanecido en nuestro ordenamiento, no solo al más alto nivel sino también al infraconstitucional. En lo que toca expresamente a los principios laborales, la actual Constitución de 1993 consagra el principio protector (artículo 23º, primer párrafo),

---

[1] Retomamos aquí lo expuesto en el capítulo 1 sobre el capitalismo y el surgimiento del derecho del trabajo.

[2] STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 20.

[3] Según De Castro (1991: 428-429), los principios generales del derecho «manifiestan su eficacia, respecto al Derecho positivo, como fuerza ordenadora de las disposiciones jurídicas, como medio orientador de la interpretación y como inagotable fuente de consejo para resolver las cuestiones no previstas por la ley y la costumbre». El artículo 139, inciso 8 de la Constitución establece como un principio básico de la función jurisdiccional el de «no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley», debiendo aplicarse en tal caso, «los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario». Entendemos que, en técnica jurídica, primero debe recurrirse a la costumbre —puesto que de existir esta no estamos ante un supuesto de vacío— y, solo en su defecto, a los principios generales del Derecho.

[4] Fueron recogidos de forma expresa el principio protector (artículo 42), el de igualdad de trato (artículo 42, segundo párrafo), el de continuidad de la relación laboral (artículo 48), el de irrenunciabilidad de derechos (artículo 57, primer párrafo) y el *indubio pro operario* (artículo 57, segundo párrafo).

Fondo Editorial PUCP

la igualdad de oportunidades sin discriminación, el *indubio pro operario* y la irrenunciabilidad de derechos (todos ellos en el artículo 26º). El principio de norma más favorable se recoge, con carácter particular, para el caso de los conflictos entre convenios colectivos de distinto nivel en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley N° 25593). Hasta enero de 2010 este principio se encontraba reconocido de modo general en la antigua Ley Procesal del Trabajo (Ley 26636), sin embargo, con la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley 29497), el mencionado principio dejará de contar con una regulación expresa, salvo el caso anotado del conflicto entre convenio colectivos. Por su parte, el principio de primacía de la realidad también tiene un reconocimiento *ex lege* en la Ley General de Inspección del Trabajo (Ley 28806, reglamentado por decreto supremo 019-2006-TR), así como en la Ley General del Sistema Concursal (Ley 27809), sin bien para los ámbitos inspectivo y concursal, respectivamente.

Entre los más importantes principios del derecho del trabajo, el único que no tiene recepción normativa expresa en nuestro ordenamiento actualmente es la condición más beneficiosa. Esto no significa, sin embargo, que no haya tenido o tenga vigencia en nuestro sistema de relaciones laborales. Independientemente del indiscutible arraigo que tiene este principio en la doctrina nacional, lo cierto es que podría encontrar cobijo en el principio protector como criterio rector o matriz del ordenamiento laboral, inspirado, como se ha visto, en el propósito igualador de los sujetos de la relación de trabajo. Precisamente, Plá (1998: 40) sostiene que una las manifestaciones del principio protector es la regla de la condición más beneficiosa[5]. En cualquier caso, debe recordarse que no es necesaria la consagración normativa de un principio para que su aplicación pueda ser válidamente invocada. Más bien, para que ello no proceda se requerirá de un mandato expreso que limite o impida su aplicación, en la medida que los principios generales del derecho, también los laborales, se encuentran subordinados a la voluntad del legislador[6].

[5] Para este autor el principio protector tiene una triple manifestación: la regla pro operario, la regla de la norma más favorable y la regla de la condición más beneficiosa. En la doctrina nacional siguen esta postura: Blancas (1982a: 29); Ferro (1988: 59); Herrera (1991: 220). Consideramos que esta concepción del principio protector, de un lado, limita su alcance, y de otro, resta autonomía a cada una de las reglas que supuestamente involucra. Si bien esta posición ayudaría a darle sustento constitucional a la norma más favorable y a la condición más beneficiosa (en tanto no reguladas expresamente), creemos que, en puridad, estamos ante principios independientes.

[6] No obstante, destaca Neves la excepcionalidad de este tipo de disposiciones «para no contrariar la sistemática constitucional, que supone la vigencia de todos los principios aunque solo mencione expresamente a algunos de ellos» (1988: 57).

Fondo Editorial PUCP

6.3 El principio protector y los sujetos especialmente protegidos

6.3.1 El principio protector

Referirse al principio protector es hacerlo a la esencia misma del derecho del trabajo. En efecto, como sostenía Plá, «el principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo», y que «responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador». En ese sentido, añade el mismo autor, si el derecho común se caracteriza por su constante preocupación en garantizar la paridad jurídica entre los contratantes, «en el derecho laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes para lograr, mediante esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes» (1998: 61).

El principio protector —en los términos que se acaban de exponer— goza de reconocimiento constitucional en el ordenamiento peruano. El artículo 23 de la Constitución señala que: «el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado […]. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo». Como hemos señalado en otra oportunidad, el precepto constitucional establece el compromiso ineludible del Estado peruano de atender las diversas formas de empleo[7]. No debe perderse de vista que el constituyente señala, igualmente, que el trabajo es un deber y un derecho, que es concebido como base del bienestar social y como medio de realización de la persona humana (artículo 22) y que el trabajador, sin distinción alguna, tiene derecho a una retribución equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual (artículo 24). Por otro lado, el propio ordenamiento constitucional concibe al Estado peruano como un Estado social y democrático de derecho (artículo 43), cuyo fin supremo es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (artículo 1), por lo que tiene, entre otros deberes primordiales, los de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y la promoción del bienestar general (artículo 44). En este contexto normativo, especial consideración merece la consagración del principio de igualdad de oportunidades (artículo 26, inciso 1), que no supone otra cosa que la búsqueda de la igualdad sustancial y consiguiente remoción de aquellos obstáculos —por parte de los poderes públicos— que impidan una igualación efectiva a favor de los colectivos desprotegidos (Neves 2009: 135-136).

En cualquier caso, consideramos que el propósito igualador de las partes de la relación laboral que inspira al principio protector, sobre la base de una especial tutela al trabajador —en tanto parte débil de dicha relación—, lo convierte en una suerte

[7] Al respecto véase Boza (2004: 39-40).

Fondo Editorial PUCP

de principio «matriz» que da sustento al conjunto de principios del derecho laboral, y no solo a las tres reglas antes mencionadas.

6.3.2 Los sujetos especialmente protegidos

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 23 de la Constitución recoge el principio protector cuando señala que: «El trabajo en sus diversas modalidades es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan».

Son dos las características que cabe resaltar de la regulación constitucional del principio en cuestión. En primer lugar, a diferencia de la Constitución anterior que utilizaba el término «protección», la actual se refiere a la «atención prioritaria» de ciertas categorías de trabajadores. Si bien hay una diferencia de orden semántico entre una norma y otra, no nos parece que la misma sea sustancial, si entendemos que la atención prioritaria supone tener un especial cuidado o poner el énfasis en la protección de las categorías de trabajadores establecidas por el constituyente. Aunque el término «protección» nos parecía más apropiado, consideramos que la expresión utilizada por la Constitución vigente no implica un desconocimiento de la función protectora del ordenamiento laboral.

En segundo lugar, la Constitución se encarga de establecer una prelación respecto del ámbito subjetivo de tutela del principio protector. Indica que se «protege especialmente» a tres categorías de trabajadores: a la madre, al menor de edad y al impedido. En ese sentido, no se trata, como algunos han pensado, de una protección exclusiva[8], sino preferente, prioritaria, que se justifica a partir de las peculiares características de los grupos mencionados y que requieren, por tanto, de una tutela adicional, entendida en el sentido de equipararlos con el resto de categorías de trabajadores, mas no en perjuicio de aquellas[9].

Ahora bien, la tutela especial respecto de ciertas categorías de trabajadores no se agota en la norma constitucional. A modo de ejemplo, la reciente Ley Procesal del Trabajo[10], en el artículo III del Título Preliminar, declara que los fundamentos del proceso laboral se acentúan en el caso de la madre gestante, el menor de edad y el discapacitado. Como veremos, tanto en el ámbito internacional como en el infraconstitucional encontramos importantes desarrollos normativos sobre la materia.

[8] Cfr.: Blancas (1994: 8).

[9] Al respecto, Neves (1993: 20) ha señalado el peligro de que esta especial protección se diluya en un análisis sistemático de la Constitución, debido que a lo largo del texto constitucional se establecen tantas prioridades de sectores considerados menos favorecidos «que se anulan entre sí».

[10] Ley 29497, nueva Ley Procesal del Trabajo de fecha 13 de enero de 2010.

Fondo Editorial PUCP

6.4 La madre trabajadora

Antes de entrar en el análisis de la protección especial a la madre trabajadora, debemos hacer una precisión. Históricamente se ha brindado protección a la mujer que trabaja, a partir de posiciones que entendían que la mujer no podía o debía realizar cierto tipo de labores. En el caso peruano, por ejemplo, la Constitución de 1979 permitía el reconocimiento a la mujer trabajadora de «derechos no menores que al varón» (artículo 2, inciso 2) y remitía al legislador la regulación de «las condiciones de trabajo de los menores y mujeres» (artículo 44).

Si bien dichos preceptos pudieron inscribirse en la línea de las denominadas acciones positivas[11], a fin de lograr una igualdad sustancial entre el varón y la mujer, la Constitución actual ha optado por eliminar cualquier referencia que supusiera alguna ventaja o protección especial a la mujer que se funde exclusivamente en su condición de tal y no en consideraciones objetivas —como la maternidad—, que en lugar de favorecer pudieran terminar siendo contraproducentes para la inserción y mantenimiento de la mujer en el mercado de trabajo. En cualquier caso, el principio de igualdad ante la ley recogido en el artículo 2 de la Constitución, que prohíbe la discriminación por razón del sexo, concordado con el artículo 103 del propio texto constitucional, que impide la dación de leyes especiales fundadas en la diferencia de las personas, deberían ser elementos suficientes para impedir cualquier tipo de discriminación de la mujer en el acceso, promoción y conservación del empleo.

A ello se suman los distintos instrumentos internacionales ratificados por nuestro país que se pronuncian en idénticos términos, específicamente la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y los Convenios 100, 111 y 156 de la OIT, así como —en el ámbito estricto de las relaciones laborales—, al artículo 26 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.

Esa parece ser la razón también para que el Estado peruano denunciara diversos convenios internacionales de la OIT relativos al trabajo prestado por las mujeres,

[11] En el ordenamiento italiano —propulsor de este tipo de política legislativa— las acciones positivas se dieron inicialmente, precisamente, para fomentar la igualdad de sexos. Los poderes públicos intervinieron para introducir instrumentos de tutela a favor de la mujer trabajadora a fin de prevenir —en contra de esta— discriminaciones de tipo directo e indirecto, así como para promover medidas destinadas a remover los obstáculos que el mercado y la organización del trabajo, y también la sociedad, en general, colocaban para lograr la igualdad entre trabajadores y trabajadoras. Medidas que replantean, incluso, un nuevo equilibrio de las responsabilidades familiares y profesionales entre los dos sexos. Una síntesis de esa política puede verse en: Ghera, Edoardo (2002). *Diritto del Lavoro.* Bari: Cacucci Editore, pp. 315 y ss.

Fondo Editorial PUCP

como los convenios 4 y 41 sobre el trabajo nocturno de las mujeres y el convenio 45 sobre trabajo subterráneo de las mujeres.

En esta línea, la protección especial a la madre que trabaja no pretende atender, al menos directamente, la problemática de la discriminación de la mujer en el empleo, sino la que pudiera presentarse en determinados momentos ante hechos objetivos diferenciadores entre hombres y mujeres, a saber, la maternidad. Por eso, la normativa infraconstitucional se mueve ahora exclusivamente en el ámbito de protección de la madre trabajadora[12].

6.4.1 La normativa internacional

En el mundo, la protección a la maternidad y a la madre que trabaja ha sido abordada por tratados internacionales desde diferentes ópticas. Por un lado, lo encontramos en tratados de derechos humanos, en tratados específicos destinados a brindar un tratamiento a la problemática de la mujer en los diferentes ámbitos de actuación y en tratados que se refieren específicamente al tema laboral.

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos[13] contempla la necesidad de cuidados y especial asistencia a la maternidad y a la infancia (artículo 25º).
- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala que las medidas especiales de protección a la maternidad no deben considerarse discriminatorias (numeral 2 del artículo 4º), la prohibición de despido por embarazo, el otorgamiento de licencia de maternidad con sueldo o prestaciones y sin pérdidas de empleo, antigüedad y beneficios, así como atención especial durante el embarazo ante trabajos que le puedan ser perjudiciales (literales a, b y d del artículo 11º).
- La Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la misma línea que la Convención, contempla que debe evitarse el despido por maternidad, que se debe otorgar licencia por maternidad con pago de remuneración, así como la posibilidad de que la trabajadora vuelva a su empleo anterior una vez concluida la licencia (numeral 2 del artículo 10).

[12] Conviene recordar que la Ley 26513, modificatoria del Decreto Legislativo N° 728, hizo tabla raza de toda la legislación sobre trabajo de mujeres y menores, incluyendo la protección sobre maternidad. Evidentemente, la derogación de este último aspecto constituyó un exceso del legislador y contrarió el mandato de tutela de la madre trabajadora consagrado en la Constitución, por lo que fue prontamente restituido por la Ley 26644.

[13] Ratificada por Resolución Legislativa Nº 13282.

Fondo Editorial PUCP

- Conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[14] se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Asimismo, durante ese periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social (segundo párrafo del artículo 10).
- Finalmente, hay que señalar que en mayo de 2004 nuestro país adoptó la Decisión 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, el cual establece, dentro del tema dedicado a los trabajadores objeto de protección especial, «Cuando las actividades que normalmente realiza una trabajadora resulten peligrosas durante el período de embarazo o lactancia, los empleadores deberían adoptar las medidas necesarias para evitar su exposición a tales riesgos. Para ello, adaptarán las condiciones de trabajo, incluyendo el traslado temporal a un puesto de trabajo distinto y compatible con su condición, hasta tanto su estado de salud permita su reincorporación al puesto de trabajo correspondiente. En cualquier caso, se garantizará a la trabajadora sus derechos laborales, conforme a lo dispuesto en la legislación nacional de cada uno de los Países Miembros».

Como se aprecia, el ordenamiento internacional pasa por fórmulas de protección genéricas de la maternidad, pero plantea también sistemas de protección más focalizados en el ámbito laboral, referidos al cuidado de la trabajadora en el período de gestación, lactancia, o la procuración de ambientes de trabajo que no resulten perjudiciales para su situación particular, entre otras; y, que, como se verá más adelante, han sido adoptados por nuestro legislación interna.

6.4.2 Normativa interna

La legislación interna sobre la materia es inorgánica, pues no existe una norma que se ocupe de manera integral de la protección a la madre trabajadora, sino que el tema es abordado por diversas normas. Seguidamente se realizará una mapeo por la legislación peruana dedicada a la protección de la madre trabajadora durante el desarrollo y extinción de la relación laboral.

6.4.2.1 Con relación a determinadas actividades riesgosas

La protección de la salud de la madre gestante y el normal desarrollo del embrión y del feto ha sido recientemente incorporada en nuestro ordenamiento, estableciéndose la obligación de los empleadores de realizar cambios en las labores que desarrolla

[14] Aprobado por el Decreto Ley N° 22129 del 28 de marzo de 1978 y vigente desde el 28 de julio de 1978.

Fondo Editorial PUCP

la trabajadora cuando las labores que realiza pongan en riesgo su salud o la del concebido, y sin que ello suponga la afectación de los derechos laborales de la trabajadora.

En efecto, la Ley 28048[15] y su reglamento, aprobado por decreto decreto supremo 009-2004-TR, señala que los empleadores están obligados a lo siguiente: evaluar los riesgos en sus empresas, con la finalidad de determinar la naturaleza, grado y duración de la exposición, así como sus valores límites permitidos y los efectos en los trabajadores; poner en conocimiento de los trabajadores el resultado de la evaluación; y, realizar una nueva evaluación cuando los cambios en las condiciones de trabajo puedan implicar una exposición de los trabajadores.

La trabajadora gestante podrá solicitar el cambio cuando se presenten riesgos generados por las condiciones de trabajo o riesgos derivados de cambios fisiológicos en la gestante. El primer caso se presenta cuando existe una exposición a diversos agentes (físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, psicosociales), procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos por el lugar donde se desarrollan las labores del puesto de trabajo y la manipulación de sustancias peligrosas que se requieran para el ejercicio de las labores propias del cargo. El segundo se origina cuando existe un deterioro de la salud de la gestante que, unido al embarazo, le impiden realizar labores propias de su cargo (deterioro no constitutivo de incapacidad temporal) y el deterioro de la salud como consecuencia del estado de gestación.

La trabajadora puede ejercer su derecho cuando se represente alguno de los riesgos descritos, al inicio o durante el período de gestación, presentando un certificado médico. De tratarse de riesgos por las condiciones de trabajo, el certificado deberá señalar que la mujer está embarazada y el tiempo de gestación. Si el riesgo se derivara de cambios fisiológicos, deberá señalarse, además, las labores que están impedidas de realizar y el tiempo de la restricción.

Recibida la solicitud, si el riesgo fuera inminente, el empleador debe separar a la trabajadora de esas labores, atendiendo luego, en el breve plazo, a las modificaciones que deban ser efectuadas según las normas. De no atender a su solicitud, la trabajadora podrá abstenerse de realizar esas labores mientras que el empleador realice el acomodo respectivo, cursándole una comunicación en ese sentido. En los casos de riesgos no inminentes se debe atender la solicitud en el breve plazo.

Los cambios que debe efectuar el empleador pueden ser, en ese orden de prelación, hasta que el riesgo quede controlado o eliminado, los siguientes: cambios en la manera de realizar las mismas labores sin cambio de puesto de trabajo; cambio de puesto de trabajo a un puesto de la misma categoría ocupacional; y, cambio de puesto

[15] Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, Ley 28048 de fecha 27 de julio de 2004.

Fondo Editorial PUCP

de trabajo a una categoría ocupacional distinta, inferior o superior. En cualquier caso, la trabajadora no perderá los derechos laborales, económicos, profesionales, incluso los que dependen del cargo, salvo cuando se le cambia a un puesto de categoría superior, pues en estos casos recibirá los montos adicionales que correspondan a dicho cargo, por el tiempo que permanezca en él.

Las medidas descritas en el párrafo anterior son temporales, mientras persista el riesgo finalizando con el parto. Una vez producidos alguno de esos acontecimientos, la trabajadora debe retornar a su puesto original o uno similar con misma retribución y categoría.

6.4.2.2 Descansos retribuidos

Otras formas de tutela física —y económica— están relacionadas con los descansos o licencias pagadas, fundamentalmente, a la madre trabajadora: los descansos pre y post natal, la licencia por adopción y el permiso por lactancia.

En primer lugar, conforme a la Ley 26644[16], la madre trabajadora tiene reconocida una licencia por maternidad que consiste en un descanso retribuido de 45 días antes y 45 días después del parto, pudiendo el primer período ser diferido de manera total o parcial con el post natal, siempre que ello no afecte a la gestante o al concebido y se comunique al empleador con la debida anticipación —dos meses antes de la fecha probable de parto— a fin de no mermar los días de descanso post natal en caso de que el alumbramiento se produjese después de la fecha probable del parto. En tal situación, los días de retraso se computarán como días de descanso médico por incapacidad temporal y serán pagados como tales. En los casos de nacimiento múltiple, el descanso post natal se extiende por 30 días naturales adicionales. Durante el goce de la licencia por maternidad —ordinaria o extendida—, la trabajadora recibe un subsidio pagado por el empleador, pero con cargo a la seguridad social.

Asimismo, en el supuesto descrito en el párrafo anterior se reconoce a la trabajadora la posibilidad de sumar a la licencia por maternidad, inmediatamente después de finalizada esta, el descanso vacacional que tuviese adquirido.

En segundo lugar, nuestro ordenamiento reconoce a partir de la Ley 27409, esta vez tanto al padre como a la madre, el derecho a una licencia laboral por adopción equivalente a 30 días naturales. La indicada norma establece que si los trabajadores peticionantes son cónyuges, la licencia la tomará la mujer.

[16] Modificada y complementada por las leyes 27402 y 27606, respectivamente.

Fondo Editorial PUCP

Finalmente, la Ley 27240 (modificada por la Ley 28731 y precisada por la Ley 27403)[17] contempla un permiso por lactancia materna equivalente a una hora diaria hasta que el menor cumpla un año de edad. Dicho permiso se toma dentro de la jornada de trabajo y se considera trabajado para todo efecto legal, lo que supone que es retribuido. Adicionalmente, la madre trabajadora —en este caso claramente a favor del recién nacido— percibe un subsidio por única vez por concepto de lactancia.

6.4.2.3 Extinción de la relación laboral

La madre trabajadora goza de una tutela especial en el caso de la extinción de la relación laboral. Pero ello ocurre concretamente en el período de gestación. En efecto, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral recoge como un supuesto de despido nulo el motivado en el embarazo de la trabajadora. Para tal efecto, la indicada norma establece la presunción de nulidad del despido si el empleador —en el proceso respectivo— no acredita la causa justa del mismo, siempre y cuando la trabajadora hubiese comunicado a su empleador de su estado de gravidez, previamente al despido.

6.4.3 Reflexión final sobre los alcances de la protección de madre trabajadora. Hacia los derechos parentales

La problemática general de la maternidad en nuestro país no es ajena a los patrones culturales imperantes, que suelen otorgar a la mujer el rol principal en el cuidado y crianza de los hijos, situación que se torna particularmente gravosa en aquellas mujeres que enfrentan solas la maternidad[18]. Estas son circunstancias que inciden en los diversos ámbitos donde la mujer se desenvuelve, incluido el mercado laboral. En este contexto, las medidas de tutela que se han analizado líneas arriba son importantes, pero resultan insuficientes.

El tratamiento del problema requiere de una atención más decidida del Estado, de políticas públicas encaminadas a modificar esos patrones culturales, y desarrolladas, por tanto, en el ámbito educativo, fundamentalmente, y a través, por ejemplo, de medidas de fomento de la paternidad responsable. Esto en consonancia con el mandato establecido en el artículo 4 de la Constitución, dirigido a la protección de la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad.

[17] Un análisis más detenido de dichas normas puede verse en Boza Pro, Guillermo (2001). «El permiso por lactancia materna» En Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 7 de marzo, p. 28.

[18] Recientemente la legislación peruana con la finalidad de involucrar más al padre en el cuidado y crianza de los hijos ha reconocido el derecho a la licencia por paternidad para los trabajadores de la actividad privada, mediante la Ley 29409 de fecha 20 de setiembre de 2009.

Fondo Editorial PUCP

No debe confundirse, no obstante, esta concepción amplia de tutela de la paternidad, de la familia con la aplicación del principio protector en el ámbito laboral, y su especial consideración de la madre trabajadora, por su situación es más vulnerable que la del común de los trabajadores.

La primera pregunta que podemos formularnos es por qué la madre requiere un despliegue especial del principio protector, es decir, adicional a la protección que gozan todos los trabajadores por ser tales. A esta pregunta le siguen otras no menos relevantes como son cuál es el alcance de esta protección especial, lo que pasa por determinar qué se entiende por madre que trabaja, quiénes son los sujetos protegidos por la norma, si esta protección constituye un mecanismo eficaz para que las madres se puedan enfrentar al mercado laboral en igualdad de condiciones que los demás trabajadores o si, a pesar de ser ese su objetivo, causa un efecto inverso, dificultando aún más la situación de las madres en relación al empleo.

Para determinar por qué se considera que la madre trabajadora requiere mayor protección que otros grupos para lograr la equiparación, se debe evaluar qué circunstancia es la que produce que su situación sea más precaria desde una perspectiva estrictamente laboral.

El análisis de la problemática de la madre trabajadora no puede darse aislado del de la mujer que trabaja. En este sentido, no podemos dejar de mencionar que la mujer en el mercado laboral ha enfrentado desde siempre barreras mayores que los hombres en todas las fases de su actividad laboral. El principal argumento de los empleadores es que resulta más oneroso contratar a una mujer que contratar a un hombre. Sanguineti identifica dos circunstancias que llevan a este argumento: de un lado, «el hecho diferencial de la maternidad»; y de otro, «la asunción prioritaria por parte de las mujeres de las responsabilidades relacionadas con el cuidado de los hijos y familiares» (Sanguineti 2005: 24).

Conforme a lo anterior, cabe relevar determinadas situaciones que determinan la particular protección de la madre trabajadora. Dos son de carácter objetivo y las dos restantes de carácter subjetivo. En efecto, existen dos hechos objetivos de carácter biológico que afectan únicamente a la madre, a saber, la gestación y la lactancia. Por su parte, como hechos subjetivos cabe anotar los patrones culturales que suelen ser tomados en cuenta en las decisiones empresariales y la postura de que contratar a mujeres resulta más oneroso. Son estos elementos los que debieran permitirnos establecer el alcance de la protección a la madre que trabaja o, lo que es lo mismo, delimitar los parámetros a los que deberá ceñirse el desarrollo constitucional correspondiente[19].

[19] Determinar esto puede no ser fácil, pero es necesario, pues si se exceden esos límites la consecuencia podría ser contraria a la intención del constituyente, es decir, en vez de proteger a la madre, podría una

Fondo Editorial PUCP

A estos efectos, se debe tomar en cuenta el segundo párrafo del artículo 6º de la Constitución, el mismo que señala que «es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a los hijos». Aquí se establece la igualdad de derechos y obligaciones de la madre y el padre frente a los hijos, situación contemplada en distintos tratados internacionales ratificados por el Perú[20]. De ahí que, realizando una interpretación sistemática de esta norma con la protección especial a la madre que trabaja (artículo 23), debemos concluir que esta protección no podría anular, ni mermar la igualdad entre padres en relación a sus deberes y derechos frente a sus hijos.

Por ello, el término «madre que trabaja» no debe ser entendido en sentido amplio, sino que debe abarcar aquellos hechos objetivos que diferencian a la madre del padre. Al respecto, consideramos que el estado de gestación y lactancia son los únicos hechos objetivos diferenciadores entre el padre y la madre que justificarían un trato distinto. Fuera de ello la madre no debiera merecer un trato distinto al que se dispensa a los padres, o viceversa, porque correríamos el riesgo de vulnerar el artículo 6 de nuestra Constitución, cuando no el principio de igualdad contemplado en la misma (artículo 2). De ahí que la protección a la madre que trabaja debe buscar proteger a la madre durante el período de gestación y lactancia, frente a cualquier acto que pueda vulnerar su acceso, permanencia en el trabajo. Cualquier otra protección, que no se funde en los dos hechos biológicos señalados, podría suponer un trato preferente sin sustento objetivo en relación a los padres que trabajan.

Una vez determinado el ámbito de protección especial a la madre que trabaja, cabría preguntarse si es ella la destinataria de la norma, es decir, si la norma tiene como sujeto de protección a la mujer en su condición de madre. Sobre el particular, consideramos que si bien se busca proteger el estado de gestación y lactancia, situaciones que presentan únicamente las mujeres y son estas, en su consideración de trabajadoras las destinatarias de la protección del principio protector del derecho

mala regulación convertirse en una desprotección e incluso llegar a ocasionar un tratamiento desigual y discriminatorio.

[20] La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer señala que los estados deben tomar medidas para «Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos» (literal b del artículo 5); «Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños» (literal c del artículo 11); asegurarán «Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos [...]» (inciso b del artículo 16). En este último sentido se pronuncia la Declaración sobre la eliminación de la Discriminación contra la mujer (literal c del artículo 6).

Fondo Editorial PUCP

del trabajo, consideramos que no son ellas el único sujeto destinatario de la norma, pues consideramos que la protección a la madre viene acompañada de la protección al concebido —embrión y feto—, así como al recién nacido.

En efecto, nuestra Constitución establece el derecho a la vida y la integridad física (artículo 2), la protección a la salud (artículo 7) y la protección a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad (artículo 6). De ahí que si bien la relación laboral está establecida con la madre, los derechos del concebido y el recién nacido no pueden ser puestos en peligro en el ámbito de la relación laboral.

Entonces, la aplicación especial del principio protector a la madre que trabaja tiene como objetivo directo evitar que los hechos biológicos de la gestación y la lactancia no sean motivo de desventaja de la mujer-madre en relación al resto de trabajadores en relación al acceso y permanencia en el trabajo. Sin embargo, indirectamente protege los derechos inespecíficos de la trabajadora como son la vida, la integridad física, el derecho a la maternidad y el derecho del concebido y el recién nacido, que se ve expuesto a través de la madre a riesgos propios del trabajo que pudieran afectar su vida, su integridad o su salud.

De ahí que al evaluar la normativa peruana vigente consideramos que en algunos casos existen normas que otorgan beneficios a las madres fuera de los límites establecidos. Un claro ejemplo de ello es el caso de la licencia laboral por adopción, en la medida en que establece que si los peticionarios de la adopción son cónyuges, la licencia la toma la mujer, cuando debería dejarse a elección de la pareja quién debe tomar ese descanso.

En cuanto a los patrones culturales aún presentes en nuestra sociedad que conllevan a que sean las mujeres quienes suelen asumir el rol del cuidado de los niños, consideramos que si bien es un hecho innegable y que tiene cierta incidencia en la toma de decisiones empresariales, no consideramos que ello deba ser convalidado por las normas que otorgan beneficios a las mujeres sin una justificación objetiva, máxime si existe el mandato constitucional de igualdad entre padres. Caso contrario, se estaría reafirmando esos patrones, validándolos, en vez de contribuir a su erradicación.

Cualquier beneficio que involucre el cuidado de los hijos, fuera de los períodos de gestación y lactancia, deberían ser concedidos a la pareja como derechos parentales, y no poner como destinataria de la norma a la madre, pues ello trae dos resultados negativos: por un lado, acrecienta la impresión de que contratar a una mujer en edad de procrear o con hijos resulta más costoso que contratar a un hombre; y, por otro lado, se brinda un trato desigual, sin sustento objetivo, es decir, se discrimina al padre que trabaja y que también debiera tener derecho a gozar de ciertas facilidades para el cuidado de sus hijos.

Fondo Editorial PUCP

6.5 El trabajador menor de edad

La edad puede suponer, y de hecho lo hecho históricamente, un tratamiento diferenciado en el régimen jurídico del trabajo, a tal punto que es posible distinguir tres grandes grupos de trabajadores: menores, jóvenes y maduros (Martín *et al.* 2009: 209). Al amparo de lo establecido en el artículo 23 de la Constitución, todos estos grupos merecen la protección del Estado, aunque el énfasis se haya puesto en el trabajador menor de edad, que por mandato del propio constituyente requiere de una tutela especial.

Tanto los trabajadores jóvenes —que a partir del artículo 7 de la Ley de Formación Laboral podríamos definir como aquellos cuya edad fluctúa entre los dieciséis y los veinticinco años—, como los maduros —aquellos mayores de 45 años, según el artículo 37 de la propia Ley de Formación Laboral—, requieren de protección estatal por tratarse de colectivos con especiales dificultades para insertarse o mantenerse en el mercado de trabajo.

En el caso de los jóvenes las medidas legislativas apuntan a dotarlos de una adecuada formación laboral o profesional que facilite su inserción en el mercado de trabajo. No estamos convencidos que el convenio de formación laboral juvenil, tal cual está regulado en nuestro ordenamiento, sea la herramienta adecuada para ello. En cualquier caso, consideramos que en aras de la flexibilización del mercado de trabajo no se justifica la deslaborización de esta figura, de naturaleza estrictamente contractual, cuyo resultado parece haber sido la precarización de la mano de obra de muchos trabajadores jóvenes[21]. Por su parte, los trabajadores maduros poseen una experiencia de trabajo acumulada que puede ser útil, sin embargo, la mayor edad puede jugar en contra de ellos, al ser más proclives al padecimiento de enfermedades y a la mayor dificultad que puedan tener para adaptarse a nuevos sistemas organizativos o productivos de la empresa. La Ley de Formación Laboral señala que esta categoría de trabajadores podrá beneficiarse especialmente de programas especiales de empleo a cargo del Ministerio de Trabajo, aunque en la práctica no han sido implementados[22].

[21] Este tema ha sido abordado en el capítulo 2.6. Hay que decir que en la versión inicial del Anteproyecto de la Ley General del Trabajo la capacitación laboral juvenil recuperaba su naturaleza contractual y laboral, pero dotándola de cierta flexibilidad. No obstante, en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo se decidió mantener deslaboralizada dicha figura, aunque otorgándole —contradictoriamente— determinados beneficios de naturaleza estrictamente laboral, como descanso en días feriados, vacaciones pagadas y dos gratificaciones anuales.

[22] El Anteproyecto de Ley General de Trabajo consensuado en el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo propone la figura del convenio de actualización para la reinserción laboral, dirigida a mejorar las posibilidades de reinserción en el mercado de trabajo de los desempleados entre 45 y 65 años

Fondo Editorial PUCP

El caso del trabajador menor de edad es diferente, cuya protección general la encontramos en el artículo 4 de la Constitución y en la Convención sobre los Derechos del Niño. La tutela del menor trabajador es una preocupación presente desde los albores mismos de la legislación del trabajo[23]. En nuestro país se promulgó en 1918 la Ley 2851, relativa al Trabajo de las Mujeres y los Menores. Un año después, en 1919, la Organización Internacional del Trabajo aprobó el Convenio Internacional del Trabajo N° 5, relativo a la edad mínima para el trabajo en las empresas industriales. Desde entonces, la tendencia de la normativa internacional del trabajo y de la mayor parte de las legislaciones laborales nacionales se han movido en dos frentes: de un lado, la fijación de edades mínimas para la realización de determinadas actividades y, de otro, la erradicación del trabajo infantil[24].

El punto de partida es diferenciar, dentro de los menores de edad, al niño (todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad) del adolescente (desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad)[25]. Este dato es fundamental porque el trabajo del niño se encuentra proscrito por nuestro ordenamiento. Por tanto, solo el menor de edad considerado adolescente se encuentra permitido de trabajar, aunque sujeto a ciertas restricciones a fin de que —como señala el Código de los Niños y Adolescentes— el trabajo realizado no comporte una explotación económica, no signifique un riesgo ni peligro para su desarrollo, para su salud física, mental y emocional y no perturbe su asistencia regular a la escuela (artículo 22). Se presume, entonces, sin admitir prueba en contrario, que el trabajo realizado por un niño afecta su desarrollo, su salud y su formación escolar. Estos son los intereses que procuran la sociedad y el Estado proteger y que justifican una tutela especial del trabajo del menor de edad que se traduce, en última instancia, en la erradicación del trabajo del niño y la limitación del trabajo del adolescente.

---

de edad. Se trata, como en el caso de los convenios de formación laboral juvenil y otras figuras afines, de una modalidad formativa excluida del ámbito de aplicación de la legislación laboral.

[23] En efecto, una de las primeras preocupaciones de la legislación laboral estuvo centrada en la protección de los menores y las mujeres asalariados, quienes sufrieron con mayor rigor las consecuencias de las reglas impuestas por el capitalismo salvaje del siglo XIX en el campo de las relaciones laborales. De ahí que se haya dicho que la alta mortandad de la mano de obra infantil y femenina fue uno de los factores de la intervención del Estado, no solo para proteger a esos grupos de trabajadores, sino también para canalizar un conflicto que podía suponer poner en peligro el orden social establecido. Al respecto, véase García Perrote, Ignacio y Gregorio Tudela Cambronero. «El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica» En *Revista de Trabajo* número 92, pp. 17 y ss.

[24] Un análisis de la evolución de la normativa internacional del trabajo sobre la materia y su contraste con nuestro ordenamiento nacional puede verse en Neves Mujica, Javier (2001). «El trabajo infantil en las acciones de interés público» En *Ius et veritas*, n° 23, noviembre, pp. 224-236.

[25] Estas definiciones las encontramos en el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Fondo Editorial PUCP

En concordancia con los convenios N° 10, 58, 59, 112 y, fundamentalmente, 138 de la OIT, el artículo 54 del Código de los Niños y Adolescentes fija en quince años la edad mínima para las actividades agrícolas no industriales, en dieciséis años para las labores industriales, comerciales y mineras, y en diecisiete para las labores de pesca industrial. Para el resto de modalidades de trabajo, tanto dependiente como independiente, se fija la edad mínima de catorce años. De manera excepcional, y siempre que se respeten los requisitos antes señalados relativos a la preservación de la salud, desarrollo y educación del menor, se permite el trabajo desde los doce años.

Nuestro país ha ratificado el Convenio N° 138 de la OIT sobre edad mínima de admisión al empleo[26]. Este convenio, adoptado por Conferencia General de la OIT en 1973, supuso un tratamiento diferente del que hasta esa fecha se daba al tema que venimos analizando.

En primer lugar, supone para el Estado miembro que lo ratifique la obligación de seguir una política nacional que, de un lado, asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y, de otro, eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo hasta que se haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores (artículo 1)[27].

En segundo lugar, a diferencia de la práctica anterior de la OIT, de establecer diferentes edades mínimas en función de actividades económicas específicas, este Convenio no fija una edad mínima para cada actividad económica, sino una edad mínima única para todas las actividades económicas. Según el artículo 2, numeral 3 del Convenio en cuestión, la edad mínima no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años. No obstante, el numeral 4 del propio artículo 2, señala que los países cuyas economías y sistemas educativos no se encuentren suficientemente desarrolladas, podrán establecer, previa consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores, una edad mínima de admisión al empleo de catorce años.

Nuestro país, amparándose en la falta de desarrollo económico y educacional, se acogió finalmente a la posibilidad prevista en el Convenio, ha establecido, como se ha visto, la edad mínima de admisión al empleo en catorce años y, excepcionalmente, en doce. Si bien en otros extremos resulta compatible o ha habido una adecuación del Código del Niño y del Adolescente con el Convenio N° 138, no ocurre lo mismo con la edad mínima excepcional para el trabajo, fijada en doce años por nuestro ordenamiento interno.

[26] Aprobado mediante Resolución Legislativa N° 27453 del 11 de mayo de 2001.

[27] Bajo este mandato, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha adoptado un Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (2002-2010) que se viene implementando progresivamente.

Fondo Editorial PUCP

En efecto, el Convenio permite rebajar la edad mínima (que como regla es quince y, excepcionalmente, puede reducirse a catorce) a trece años para trabajos ligeros, siempre que la actividad a realizar no sea susceptible de perjudicar la salud del menor o su desarrollo y que no sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su formación escolar (artículo 7, numeral 1). Nuestra legislación acoge los requisitos antes señalados para hacer viable el trabajo a partir de los doce años, pero omite la referencia a los trabajos ligeros. Esta es una omisión grave del Código, que tendría como consecuencia que la edad mínima para el trabajo no pueda ser inferior a los catorce años de edad, que ya de por sí resulta excepcional.

El Convenio N° 138 establece, igualmente, que la legislación nacional podrá aumentar la edad mínima a dieciocho años para todo tipo de trabajo que pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o moralidad del menor (artículo 3). En este aspecto existe armonía entre el ordenamiento interno y la normativa internacional, y en consonancia además con el Convenio N° 182 de la OIT —al que se hace referencia más adelante—, el artículo 58 del Código de los Niños y Adolescentes que prohíbe el trabajo de menores en: actividades en subsuelo; labores que conlleven la manipulación de pesos excesivos o sustancias tóxicas; y actividades en las que su seguridad o las de otras personas esté bajo su responsabilidad. Asimismo, se señala que la autoridad competente —actualmente el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social—, en coordinación con el Ministerio de Trabajo y en consulta con los gremios laborales y empresariales, establecerá periódicamente una relación de trabajos y actividades peligrosas o nocivas para la salud física o moral de los adolescentes, en los que no podrá ocupárseles.

En síntesis, el Código de los Niños y Adolescentes requiere adecuarse o aplicarse en armonía con las pautas establecidas por el Convenio N° 138 de la OIT, en particular, en lo que respecta a las edades mínimas establecidas para la admisión al empleo. En aquello que no resulten incompatibles dichas normas será de aplicación lo dispuesto en la normativa interna.

Cabe mencionar que el trabajador adolescente tiene derecho a una jornada reducida de trabajo que no excederá de 4 horas diarias ni de 24 horas semanales, para los adolescentes entre los 12 y 14 años, ni de 6 horas diarias o de 36 horas semanales para los adolescentes entre 15 y 17 años (artículo 59) y que está impedido de realizar trabajo nocturno, entendiéndose como tal el que se presta entre las 7 p.m. y las 7 a.m. (artículo 60).

Finalmente, hay que señalar que los empleadores están obligados a concederles a los trabajadores adolescentes las facilidades que hagan compatible su trabajo con la asistencia a la escuela (artículo 64).

Fondo Editorial PUCP

El Perú ha ratificado también el Convenio N° 182 de la OIT[28], que junto al Convenio N° 138 antes citado, sustentan uno de los cuatro derechos laborales fundamentales recogidos en la Declaración de la OIT de 1998, relativo precisamente a la eliminación del trabajo infantil[29].

En efecto, la incorporación a nuestro ordenamiento interno del Convenio N° 182 de la OIT supone para nuestro país el compromiso inmediato haber asumido el compromiso de adoptar las medidas necesarias para combatir y erradicar las peores formas de trabajo infantil señaladas en dicho instrumento: todas las formas de esclavitud o las formas análogas de esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; la utilización, reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales; y el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se presta, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños[30].

El Convenio N° 182 se complementa con la Recomendación N° 190 de la OIT, la misma que establece la realización de acciones conjuntas, como el establecimiento de programas de acción, la determinación de los trabajos riesgosos o la necesidad de recopilar y mantener actualizados datos estadísticos, así como información detallada sobre la naturaleza del trabajo infantil.

6.6 El trabajador discapacitado

La Constitución es clara en establecer un régimen de protección al trabajador discapacitado. En efecto, el artículo 7º de la Constitución señala que «La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y

[28] Aprobado mediante Resolución Legislativa N° 27543 del 11 de octubre de 2001.

[29] Conviene precisar que el compromiso de respetar y promover la vigencia efectiva de los derechos fundamentales laborales y de los (ocho) convenios internacionales de trabajo que los regulan, se deriva de la sola pertenencia de un Estado a la OIT, independientemente de que haya ratificado o no dichos convenios. En el caso peruano, más que un compromiso existe una obligación, desde que todos los convenios pertinentes han sido incorporados en nuestro ordenamiento interno.

[30] Una reseña interesante del panorama actual del trabajo infantil en nuestro país y su relación con los factores sociológicos y económicos que lo determinan, puede verse en Quiñones Infante, Sergio (2009). «El trabajo infantil en el Perú: Alcances principales» En *Temas centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI*, Lima: Ara Editores.

Fondo Editorial PUCP

seguridad». Por su parte, y como ya se ha adelantado, el artículo 23 del propio texto constitucional resulta más específico al ofrecer una atención prioritaria del Estado al impedido que trabaja.

En el plano constitucional hay que incluir, necesariamente, el artículo 2, inciso 2 que proclama la igualdad ante la ley y la no discriminación «por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole». Este precepto, que no contiene un listado cerrado de los supuestos vedados de discriminación[31], opera como una cláusula de cierre que le da una dimensión mayor e integral a la regulación constitucional del empleo de las personas con discapacidad, evolucionando así de una visión meramente asistencialista a un enfoque antidiscriminatorio del problema[32].

Dichos preceptos hay que complementarlos con lo establecido en el ordenamiento internacional, del cual el Perú es parte. Concretamente, y dentro del ámbito laboral, los instrumentos internacionales que interesa resaltar son los convenios 111 (con carácter general) y 159 (específicamente) de la OIT[33].

El Convenio N° 111 de la OIT (1960), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, es importante por la amplitud de las motivaciones que considera discriminatorias —y por ende vedadas— y por el concepto que maneja de los términos «empleo» y «ocupación». En el primer caso, la discriminación no se circunscribe a un listado cerrado, sino que alcanza a «cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o ocupación» (artículo 1.1.b). En efecto, a los motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social (artículo 1.1.a), se suman los de cualquier otra índole, para utilizar un término recogido

[31] En relación a un precepto similar de la Constitución española (artículo 14), es gráfica la posición adoptada por el Tribunal Constitucional español, el mismo que haciendo referencia a los supuestos de discriminación prohibidos por dicho precepto, ha establecido que: «No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciados en el artículo 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensible repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de aquellos sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas».

[32] Una breve síntesis de esta evolución, fundamentalmente en el concierto europeo, puede verse en Rodríguez-Piñero, Miguel. «El empleo de las personas con minusvalía» En *Relaciones Laborales* N° 3, 1999. pp. 1 y ss.

[33] Cabe mencionar, aunque no sea una norma de carácter laboral, la reciente aprobación por nuestro país de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación de las personas con discapacidad (Resolución Legislativa N° 27484 del 11 de junio de 2001).

Fondo Editorial PUCP

en nuestra propia Constitución, que tengan por objeto discriminar en materia de empleo u ocupación. Por tanto, en esta especie de cláusula abierta, podemos incluir perfectamente a la discapacidad física. En segundo lugar, el convenio en cuestión es también importante porque entiende que los términos «empleo» y «ocupación» incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo como las condiciones de trabajo. En ese sentido, es posible interpretar que el ámbito de protección de la normativa internacional opera no solo contra las prácticas discriminatorias que se realicen en el momento de acceder a un puesto de trabajo, sino también durante el desarrollo de la actividad laboral.

Pero es el Convenio N° 159 de la OIT (1983), sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas[34], el que resulta fundamental por su especificidad en la protección del trabajador discapacitado. Son diversos los preceptos del citado instrumento internacional que merecen ser mencionados. Empezando por el preámbulo, que pone el énfasis en la «plena participación» de las personas discapacitadas en la vida social, así como en el «trato igualitario» que debe dispensarse a aquellas con relación al resto de personas.

El artículo 1 se refiere a la posibilidad que deben tener las personas discapacitadas de «obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo», de cara a su integración o reintegración en la sociedad.

Por su parte, el artículo 3 establece que la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas «estará destinada a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para las personas inválidas en el mercado regular del empleo». Precisa el artículo 4 que dicha política «deberá basarse en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general», independientemente del sexo de dichas categorías de trabajadores. Asimismo, se señala que la adopción de medidas positivas encaminadas a lograr la igualdad entre trabajadores discapacitados y el resto de trabajadores, «no debe considerarse discriminatoria respecto de estos últimos».

Finalmente, merece destacarse del citado Convenio el artículo 7, el mismo que establece que «las autoridades competentes deberán adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines, a fin de las personas inválidas puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo; siempre que sea posible y adecuado, se utilizarán los servicios existentes para los trabajadores en general, con las adaptaciones necesarias».

[34] El Convenio N° 159 se complementa con la Recomendación N° 168 de la OIT (1983), también sobre «Readaptación profesional y el empleo de personas inválidas».

Fondo Editorial PUCP

Como se aprecia, este Convenio va más allá de lo establecido en el Convenio N° 111. Evitar la discriminación en el empleo por razón de la discapacidad física es importante, pero no es suficiente. Será necesario, por tanto, dar un paso adelante. De ahí que el Estado deba hacer un esfuerzo por generar las condiciones adecuadas para la readaptación profesional y promoción laboral del discapacitado, lo que pasa por la adopción de aquellas medidas que le procuren —al discapacitado— un empleo permanente[35] y que le permitan su desarrollo como persona y trabajador. Por eso es que el Tribunal Constitucional ha puntualizado que dichas medidas alcanzan al trabajador discapacitado también en la fase extintiva de la relación laboral. Con criterio acertado, este Tribunal ha señalado que «el despido por motivo de discapacidad va en contra de la especial protección que se debe brindar a quienes se encuentran en la situación de discapacidad, toda vez que se fundamenta en una condición personal»[36].

En el ámbito infraconstitucional, cabe mencionar la Ley 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad (LGPD en lo sucesivo). Dicha norma pretende darle un tratamiento integral al problema de las personas discapacitadas, para lo cual se establecen un conjunto de medidas a su favor de carácter compensatorio —facilidades para la importación, créditos y beneficios tributarios para los centros de educación y capacitación—, así como destinadas a la atención de la salud, la educación, la rehabilitación, la seguridad social y la promoción del empleo de dichas personas.

Entre las medidas de carácter laboral es importante destacar que se enfatizan los principios de igualdad y no discriminación como ejes de una política laboral de inserción de las personas discapacitadas en el mercado de trabajo, lo que supone facilitar el acceso al empleo, pero también la conservación y progreso en el mismo. En ese sentido, se establece —como no podía ser de otra manera— que las personas discapacitadas gozan de todos los beneficios y derechos reconocidos en la legislación laboral para los trabajadores. Al mismo tiempo, se señala que nadie puede ser discriminado por razón de su discapacidad, decretándose la nulidad del acto motivado en dicha causa que afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones de empleo de las personas con discapacidad (artículo 31)[37].

[35] A no otra cosa alude el término «conservar» el empleo consagrado en el Convenio.

[36] STC del 4 de marzo de 2004, recaída en el expediente Nº 217-2004-AA/TC.

[37] Entendemos que por esta vía se ha ampliado el elenco de supuestos de nulidad de despido contemplado en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Igualmente, por la misma vía dejarían de ser causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador, el detrimento de la facultad física y mental o la ineptitud sobrevenida que sea determinante para el desempeño de sus labores y el rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares (artículo 22, incisos a y b de la norma antes citada), en la medida que pretendan aplicarse a un trabajador que ha devenido en discapacitado. No debe olvidarse que, precisamente, la LGPD alcanza a las personas que tienen «una o más deficiencias evidenciadas con

Fondo Editorial PUCP

De otro lado, se establece la obligación del Poder Ejecutivo, sus órganos desconcentrados y descentralizados, las instituciones constitucionalmente autónomas, las empresas del Estado, los gobiernos regionales y las municipalidades a contratar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al 3% de la totalidad de su personal (artículo 33).

Se mantiene también la bonificación especial en los concursos para la contratación de personal en el sector público, equivalente al 15% del puntaje final obtenido, para aquellas personas con discapacidad que, cumpliendo los requisitos para el cargo, hayan obtenido calificación aprobatoria en el examen correspondiente (artículo 36)[38]. A partir de la interpretación del Tribunal Constitucional establecida en la sentencia del 1 de setiembre de 1997 (expediente N° 337-97-AA/TA), dicha bonificación debiera aplicarse también a los exámenes o evaluaciones a los que se somete permanentemente a dicho personal durante la vigencia de la relación de trabajo.

Asimismo, es importante señalar que la ley en cuestión establece un conjunto de medidas de carácter tributario y financiero como mecanismo de fomento del empleo. En el primer caso, las entidades públicas y privadas que contraten personas discapacitadas, obtendrán una deducción de la renta bruta sobre las remuneraciones que paguen a dichas personas, en un porcentaje adicional que será fijado por el Ministerio de Economía y Finanzas (artículo 35)[39]. En el segundo caso, el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas apoyan el otorgamiento de créditos o financiamiento a las micro y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad (artículo 36).

Finalmente, cabe resaltar también que en la lógica de fomentar la inserción de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, la Ley de Modalidades

---

la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes consideradas normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente en la sociedad» (artículo 2). En cualquier caso, consideramos que el empleador deberá hacer todo lo posible para reubicar al trabajador discapacitado dentro de la empresa en un puesto acorde con sus nuevas aptitudes. Solo de no ser posible o si la discapacidad es de tal entidad que impide al trabajador el desempeño de cualquier actividad, procedería la extinción del contrato de trabajo.

[38] Esta bonificación fue introducida por el decreto supremo 001-89-SA, reglamento de la Ley 23285, relativa al trabajo para personas con limitaciones físicas, sensoriales e intelectuales, y equivalía a quince puntos sobre cien, los mismos que se otorgaban independientemente de que el postulante hubiese obtenido una nota aprobatoria.

[39] Esta deducción especial (adicional), que no podrá exceder de veinticuatro remuneraciones mínimas vitales por cada trabajador con discapacidad, ha sido introducida en el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, mediante el Decreto Legislativo N° 949. Según el decreto supremo 102-2004-EF, regirá a partir del 1 de enero de 2005, tanto para los discapacitados que se encuentren trabajando en esa fecha como para los que sean contratados a partir de la vigencia de la norma.

Fondo Editorial PUCP

Formativas Laborales, Ley 28518, permite ampliar el porcentaje limitativo del número de jóvenes en formación laboral juvenil del 10% al 20% del total de personal de la empresa, siempre y cuando este último porcentaje comprenda exclusivamente a jóvenes discapacitados o a jóvenes mujeres con responsabilidades familiares (artículo 17 de la ley).

6.7 Selección de jurisprudencia

- STC de fecha 12 de agosto de 2005 recaída en el expediente Nº 008-2005-AI/TC, que hace una definición de los principios laborales acorde con la doctrina.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 1 de setiembre de 1997 recaída en el expediente N° 337-97-AA/TC, que se refiere a la bonificación de puntaje que se otorga en concursos públicos al impedido que trabaja.
- STC de fecha 8 de mayo de 2009 recaída en el expediente N° 2769-2007-Á/TC, donde se hace referencia a la especial protección de la madre trabajadora por el Estado.
- STC de fecha 9 de julio de 1999, recaída en el expediente N° 324-99-AA/TC, sobre el despido del incapaz y la vulneración a la especial protección al impedido físico.
- STC de fecha 7 de noviembre de 2007, recaída en el expediente N° 10777-2006-PA/TC, donde se define al principio protector.
- STC de fecha 4 de marzo d 2004, recaída en el expediente N° 217-2004-AA/TC, donde se analiza la irrazonabilidad de un despido de una persona discapacitada que contaba con un desempeño satisfactorio y bueno.
- Casación N° 315-2001-Huánuco-Pasco de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República de fecha 12 de junio de 2001, donde se establece a la norma más favorable como expresión del principio protector.
- Casación N° 275-2005-Arequipa de la Primera Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República de fecha 15 de diciembre de 2005, que se refiere a la protección de la madre trabajadora en estado de gestación frente al despido.
- Casación N° 2213-2006-La Libertad de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 18 de setiembre de 2007, sobre la protección de la madre trabajadora en estado de gestación frente al despido: no necesidad de comunicar estado de embarazo para configuración de despido nulo cuando este ya está muy avanzado. Publicada en el Diario *El Peruano* el 01 de abril de 2008.

Fondo Editorial PUCP

6.8 Bibliografía citada

Blancas Bustamante, Carlos (1982a). El trabajo y los derechos laborales en las constituciones actual y futura. *Asesoría Laboral*, n° 37, pp. 11-14.

Blancas Bustamante, Carlos (1982b). La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo. *Derecho PUCP,* nº 36.

Blancas Bustamante, Carlos (1994). El trabajo y los derechos laborales en las constituciones actual y futura. *Asesoría Laboral,* n° 37.

Boza Pró, Guillermo (2004). Informalidad y relaciones laborales. En (autores varios). *Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

De Castro y Bravo, Federico (2004). *Derecho Civil de España.* Madrid: Civitas.

Ciudad Reynaud, Adolfo (2004). Los principios del derecho del trabajo y los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez.* Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Daübler, Wolfang (1977). *Diritto sindacale e cogestione nella Germania Federale*. Milán: Franco Angeli Editore.

De la Villa, Luis; García Becedas, Gabriel y García-Perrote, Ignacio (1992). *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Ceura.

Ferro Delgado, Víctor (1988). Los principios generales del Derecho y los principios particulares del Derecho Laboral. *Derecho PUCP,* n° 42.

García Perrote, Ignacio y Tudela Cambronero, Gregorio (1988). El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica. *Revista de Trabajo,* n° 92, pp. 9-42.

Herrera Vásquez, Ricardo (1991). El principio *indubio pro* operario en el sistema jurídico peruano. En *Derecho Laboral* (Materiales de Enseñanza). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gaete Berrios, Alfredo (1951). *Principios generales del derecho del trabajo.* Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

García Perrote, Ignacio y Tudela Cambronero, Gregorio (1988). El Derecho del Trabajo, entre la crisis y la crítica. *Revista de Trabajo,* n° 92, pp. 9-42.

Martín Valverde, Antonio; Rodríguez-Sañudo, Fermín y García Murcia, Joaquín (2009). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos.

Neves Mujica, Javier (1988). Fuentes y principios laborales en la Constitución. En (autores varios). *Trabajo y Constitución.* Lima: Cultural Cuzco S. A.

Fondo Editorial PUCP

Neves Mujica, Javier (1993). Los principios del Derecho del Trabajo, en la Constitución y en el proyecto. *Asesoría Laboral,* nº 31.

Neves Mujica, Javier (2001). El trabajo infantil en las acciones de interés público. *Ius et veritas,* n° 23, noviembre, pp. 224-236.

Neves Mujica, Javier (2009). *Introducción al Derecho del Trabajo.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Plá Rodríguez, Américo (1998). *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma.

Quiñones Infante, Sergio (2009). El trabajo infantil en el Perú: Alcances principales. En *Temas centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI*. Lima: Ara Editores.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (1999). El empleo de las personas con minusvalía. *Relaciones Laborales,* n° 3, pp. 3-23.

Sanguineti Raymond, Wilfredo (2005). Mecanismos legales de lucha contra la discriminación de la mujer en el Trabajo: Una revisión crítica. *Derecho y Sociedad*, año XVI, n° 24, pp. 271-276.

Segura, Julio; Duran, Federico; Tomaria, Luis y Bentotlila, Samuel (1991). *Análisis de la contratación temporal en España*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Fondo Editorial PUCP

Capítulo 7
Los principios del derecho del trabajo (II)

Igualdad en las relaciones laborales, irrenunciabilidad de derechos e *indubio pro operario*

Sumario: 7.1. Los principios de igualdad y no discriminación. 7.1.1. Principio de igualdad en las relaciones laborales. 7.1.2. Principio de no discriminación. 7.1.2.1. Concepto. 7.1.2.2. No discriminación en las relaciones laborales. 7.1.2.3. Tipos de discriminación, igualdad de derecho público. 7.1.3. La igualdad (sustancial) de oportunidades.- 7.2. El principio de irrenunciabilidad de derechos. 7.2.1. Delimitación conceptual del principio y efectos del acto de renuncia. 7.2.2. Ámbito material. 7.2.3. Ámbito subjetivo. 7.2.4. Ámbito temporal.- 7.3. El principio *indubio pro operario*. 7.3.1. El *indubio pro operario* y los métodos tradicionales de interpretación. 7.3.2. Ámbitos objetivo y subjetivo del *indubio pro operario*.- 7.4. Selección de jurisprudencia.- 7.5. Bibliografía citada.

Reseña: en este capítulo corresponde el análisis de tres principios: el de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales; el de irrenunciabilidad de derechos; y el *indubio pro operario*. En relación al primero, se iniciará el debate presentando la diferencia entre el concepto de igualdad y el de no discriminación y, posteriormente, se desarrollarán por separado las diversas manifestaciones de cada uno, poniendo especial énfasis en su aplicación a las relaciones laborales (acceso, desarrollo, extinción). Con relación a al principio de irrenunciabilidad, se explica el concepto del mismo, las consecuencias jurídicas del acto de renuncia y los diversos límites establecidos sobre su ámbito de aplicación. Finalmente, en lo que toca al *indubio pro operario* nos detendremos en el concepto de dicho principio, su relación con los demás métodos de interpretación (establecidos en la Teoría General del Derecho) y, por último, fijaremos su ámbito de aplicación.

Objetivos: al final del capítulo, el alumno deberá ser capaz de reconocer a los sujetos susceptibles de padecer actos de discriminación en el trabajo; de diferenciar entre una renuncia y una disposición de derechos; y, de identificar el ámbito de aplicación del principio *in dubio pro operario*.

Palabras clave: principio de igualdad; mandato de no discriminación, igualdad sustancial de oportunidades; renuncia de derechos laborales; dudad razonable en el sentido de una norma.

Fondo Editorial PUCP

7.1 Los principios de igualdad y no discriminación

7.1.1 Principio de igualdad en las relaciones laborales

Doctrinariamente se asocia el término «igualdad» a una previa verificación fáctica. En efecto, el análisis de igualdad exige comparar a los individuos —no jurídicamente sino en los hechos— y determinar si su situación es semejante o no. Así, se entiende que debe darse el trato correspondiente a cada individuo según la comparación efectuada: si dos personas son objetivamente iguales, el principio de igualdad exigirá un trato igualitario para ambas; por el contrario, si esas personas son en los hechos desiguales, el mismo principio demandará un trato desigual para ellas. Para decirlo en otros términos, el trato que se dé a las personas no puede ser desigual para los iguales ni igual para los desiguales.

Como se aprecia, esta situación no niega la posibilidad de diferenciar en el tratamiento que se dispense a dos o más personas, pero para que ello sea procedente, se requiere que los individuos sean desiguales. Por la forma en que está estructurado este principio, solo se podrá diferenciar entre las personas siempre que haya una causa objetiva y razonable que lo justifique.

Ahora bien, según el carácter público o privado del sujeto obligado a procurar un trato igualitario, se distinguen dos sub-principios: el de igualdad ante la ley y el de igualdad de trato, respectivamente. El primero vincula al Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial. El segundo vincula a los sujetos privados en sus diversas actuaciones, pudiendo ser, incluso, el Estado si es que actúa como un particular. En materia laboral este último sub-principio incluye las decisiones unilaterales del empleador, como por ejemplo, no contratar, no promover o sancionar a un trabajador del sindicato; de las organizaciones sindicales, como no admitir la afiliación, impedir la participación o expulsar a un trabajador; o de la autonomía colectiva, como excluir de los alcances de un convenio colectivo o conferir ventajas mayores a unos trabajadores en desmedro de otros.

7.1.2 Principio de no discriminación

7.1.2.1 Concepto

A diferencia del principio anterior, el principio de no discriminación en las relaciones laborales no prohíbe las diferenciaciones arbitrarias en general —cubiertas por el principio de igualdad—, sino solo aquellas que tengan por motivo determinante ciertas razones especialmente proscritas por el ordenamiento. Efectivamente, el mandato de no discriminación busca evitar el trato social desventajoso que históricamente se le brinda a ciertos grupos que comparten ciertas características en

Fondo Editorial PUCP

común: raza, sexo, idioma, nacionalidad, religión, etcétera[1]. Por tal motivo, según la construcción normativa de dicho principio en el numeral 2 del artículo 2 de nuestra Constitución —que contiene un listado amplio y abierto—, toda persona tiene derecho: «A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole».

Del mismo modo se pronuncia en el ámbito laboral el Convenio N° 111 de la OIT —ratificado por nuestro país—, relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación. Este convenio tiene un alcance general puesto que prohíbe distinciones, exclusiones o preferencias fundadas «en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social» cuya finalidad sea «anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación» (artículo 1.1.a). Asimismo, se establece que «los términos 'empleo' y 'ocupación' incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo» (artículo 1.3).

Como se puede apreciar, discriminar implica adoptar una decisión en base a los motivos específicamente prohibidos. En ese sentido, es evidente que solo están vedadas aquellas decisiones que tengan por fundamento un motivo tipificado como discriminatorio. La razón de ello, antes que jurídica, es sociológica e histórica: evitar que subsistan diferencias negativas en contra de grupos socialmente desfavorecidos.

Ahora bien, es cierto que los motivos prohibidos aluden a rasgos o características que históricamente identifican a un colectivo que los coloca en una posición de desventaja y marginación. Sin embargo, con la introducción de la frase «o de cualquier otra índole», el mandato de no discriminación adquiere un sentido progresivo. En este orden de ideas, no solo están proscritos los motivos históricamente discriminatorios sino también aquellos que vayan apareciendo con el devenir del tiempo. En consecuencia, en adición a los supuestos antes señalados, también estará prohibido

[1] Según Valdés (2008: 2-3), en un primer momento, «la interdicción de discriminación se concibe como una simple concreción del principio de igualdad ante la ley, que se manifiesta no de manera autónoma sino en conexión con otros derechos fundamentales, cuyo ejercicio tiende a facilitar». Así, en un primer momento, la calificación de una conducta como discriminatoria «requiere de la concurrencia de simultánea de dos requisitos: una diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y una falta de justificación objetiva y razonable de esa diferencia». Agrega el citado autor que dicha «noción formal de la prohibición de discriminación será progresivamente sustituida y reemplazada por otra de carácter sustantiva». Y concluye que, en esta segunda fase, la discriminación «evoca […] una situación de marginación social de ciertos colectivos de personas físicas (seres humanos) y, por lo tanto, la proscripción de discriminación instrumenta en el plano jurídico la vía de supresión de las malformaciones que se han ido creando en la sociedad».

Fondo Editorial PUCP

adoptar decisiones fundamentadas en rasgos o características que, en la actualidad, identifican a un colectivo que coloca a sus miembros en una posición de desventaja, como por ejemplo, la militancia sindical o política, la edad, la discapacidad[2], la inclinación sexual, entre otros.

La discriminación así entendida, «asume un sentido netamente peyorativo en atención a una doble circunstancia. De un lado, por el carácter 'odioso' del propio criterio de diferenciación, basado en características biológicas (sexo, raza o edad) o en situaciones sociales de las personas discriminadas al margen de su responsabilidad; de otro, por cuanto la distinción genera en los sujetos discriminados un perjuicio, un daño o una desventaja por ellos no deseada» (Valdés 2008: 3).

7.1.2.2 La no discriminación en las relaciones laborales

Es en el ámbito de las relaciones laborales —tanto en el plano individual como colectivo— donde el principio de no discriminación puede alcanzar un papel significativo. En este ámbito se encuentran prohibidos los actos discriminatorios provenientes de la autonomía privada, sean normativos o no normativos, provengan tanto de la autonomía colectiva como de la individual. Es decir, la discriminación podría originarse en un convenio colectivo, en el reglamento interno de trabajo o en el contrato de trabajo celebrado entre las partes, pero podría provenir también de una decisión unilateral del empleador o inclusive de la organización sindical respecto de sus afiliados o posibles postulantes[3]. No obstante, entendemos que es la relación de trabajo (empleador-trabajador) el escenario más proclive para los casos de discriminación, motivo por el cual nos centraremos en este supuesto.

El empleador —público o privado— está impedido de adoptar medidas que afecten el empleo de los trabajadores en base a motivos expresamente prohibidos por el ordenamiento jurídico. Se trata de un mandato de no discriminación que opera en las diversas fases de la relación laboral: en el acceso al empleo; durante la vigencia de la relación; y al momento de su extinción.

En materia de acceso al empleo existe tan solo una formulación genérica que prohíbe la discriminación en el empleo y que está recogida, como se ha visto, en el Convenio N° 111 de la OIT. Sin embargo, existen algunas regulaciones más específicas respecto de ciertos colectivos de trabajadores, como, por ejemplo, el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que consagra el derecho de la mujer «a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a

[2] Este motivo se encuentra expresamente prohibido en el Convenio Nº 159 de la OIT, debidamente ratificado por nuestro país en junio de 1986 y en la Ley sobre Acceso al Empleo.

[3] En igual sentido se pronuncia Neves (2009: 135).

Fondo Editorial PUCP

la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo» (artículo 11.1.b). Algo similar ocurre con el Convenio N° 159 de la OIT, sobre la Readaptación profesional y el empleo de personas inválidas que postula la adopción de medidas para que esta categoría de trabajadores puedan lograr un puesto de trabajo (artículo 7). En concordancia con esta norma es que la Ley General de la Persona con Discapacidad ha establecido, en el ámbito del sector público (cuando el Estado actúa como empleador), el otorgamiento de una bonificación especial a las personas discapacitadas que se presenten a un concurso público para acceder a un puesto de trabajo.

Las normas internacionales que se acaban de citar también contienen algunas pautas que buscan evitar la discriminación de las categorías protegidas durante la vigencia de la relación de trabajo. De lo que se trata es que los trabajadores puedan progresar en el empleo, sin que sean discriminados al momento de la promoción o ascensos. En general, los actos del empleador que supongan una discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma, se catalogan como actos de hostilidad por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (artículo 30), facultando al trabajador afectado a incoar las acciones correspondientes a fin de que cesen dichos actos, primero al interior de la empresa y posteriormente en sede judicial, pudiendo incluso el trabajador darse por despedido y reclamar la respectiva indemnización por despido arbitrario.

Finalmente, la propia Ley de Productividad y Competitividad Laboral (artículo 29º) y una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, establecen un listado de despidos vedados, motivados en su carácter discriminatorio (por motivos sindicales, de raza, sexo, etcétera). La sanción es la nulidad del despido y la tutela reparadora establecida frente a la medida empresarial es la restitución del trabajador en su puesto de trabajo.

7.1.2.3 Tipos de discriminación

Teóricamente, los actos discriminatorios pueden ser formulados en forma directa y en forma indirecta. A su vez, la primera puede ser realizada con respecto a una persona (discriminación directa individual) o a un grupo de ellas (discriminación directa sistemática).

La discriminación directa individual supone prodigar un tratamiento diferenciado y desfavorable a una persona en razón de un motivo prohibido. En este supuesto, el elemento causal es absolutamente relevante: la causa de la diferenciación debe ser el motivo prohibido; es decir, existe la intención de querer diferenciar en razón del motivo prohibido. Cabe hacer una pequeña disquisición entre intención y motivación. La primera, implica el deseo de querer diferenciar en razón de un motivo discriminatorio, como por ejemplo, no querer contratar mujeres para manejar

Fondo Editorial PUCP

camiones; mientras que la segunda, alude a los fundamentos internos que motivan dicha decisión, en el mismo ejemplo, no contratar mujeres para manejar camiones por considerar que son más débiles y distraídas que los hombres. Esta distinción es importante, ya que solo será relevante, para efectos del análisis de la discriminación, demostrar que se tuvo la intención de hacerlo. En otras palabras, solo se debe demostrar que el empleador adoptó una decisión vinculada al trabajador o trabajadora en base a un supuesto prohibido, por tanto, la motivación no será relevante, a menos que pueda justificar el trato diferenciado.

La discriminación directa sistemática comparte los mismos elementos de la primera, solo que en este caso el trato discriminatorio constituye una práctica que afecta a un número considerable de los miembros de una categoría protegida. En este supuesto, se llega a demostrar la intención de discriminar por medio de presunciones sustentadas en estadísticas que reflejan un claro desbalance entre la composición de la fuerza laboral del empleador, por ejemplo, del 100% de empleados solo el 15% son negros, así como la composición del mercado de trabajo relevante[4], por ejemplo, el mercado de trabajo para ese puesto está compuesto en un 60% por negros. La presunción se basa en las probabilidades: es poco probable que la fuerza de trabajo no refleje, en cierta forma, la composición del mercado laboral relevante, por ejemplo, sería tolerable una fuerza de trabajo conformada en un 53% por blancos y en un 47% por negros. Si ocurre todo lo contrario, se presume que consciente y deliberadamente el empleador utiliza el motivo prohibido como criterio de selección; hay una desproporción tan grande que no puede ser casual. En definitiva, la discriminación directa sistemática antes de ser un sub tipo de la discriminación directa, es una forma de probar la discriminación por inferencia en caso de no poder probarla individualmente; se demuestra la discriminación por la pertenencia a un grupo desfavorecido.

Ahora bien, en caso de comprobarse la existencia *prima facie* de un supuesto de discriminación directa —individual o sistemática—, el empleador tiene la posibilidad de justificarla alegando la existencia de una Calificación Ocupacional de Buena Fe (en la jurisprudencia norteamericana se le denomina: BFOQ). Para que proceda la justificación es necesario demostrar:

[4] Se entiende por mercado de trabajo relevante a todas aquellas personas potencialmente interesadas y probablemente calificadas para un determinado puesto de trabajo. Mientras que las calificaciones aluden a la capacidad respecto de un específico trabajo y no en general, como un carpintero que tenga un posgrado en Derecho no implica que tenga mayor habilidad que un carpintero analfabeto, ya que la habilidad se mide con respecto al trabajo que se realiza, como por ejemplo, construir muebles; el factor interés, por su parte, alude a todas aquellas personas posiblemente interesadas en el empleo, debe tomarse en cuenta, por ejemplo, la locación geográfica, los medios de transporte disponibles, etcétera.

Fondo Editorial PUCP

- que las labores excluidas para un determinado grupo protegido son esenciales para la marcha del negocio;
- que todos o sustancialmente todos los miembros de la clase protegida no podrían desarrollar las labores excluidas con seguridad y eficiencia;
- que la exclusión debe ser razonablemente necesaria para la marcha del negocio (no debe haber otra alternativa razonable menos perjudicial para la clase protegida); y,
- nunca pueden justificar una BFOQ las preferencias de los clientes o de los compañeros de trabajo —los clientes prefieren blancos como meseros en lugar de negros o los compañeros de trabajo no aceptan una mujer porque trae mala suerte—, los costos en que se incurriría de aceptarse a los miembros de la clase protegida —habilitar rampas de acceso para trabajadores discapacitados— o preocupaciones generales por el bienestar de los miembros de la clase protegida —las mujeres podrían sufrir una violación sexual si trabajan en una penitenciaria—.

Si el empleador logra demostrar dichos requisitos, entonces habría un supuesto discriminatorio justificado, como por ejemplo, las mujeres están descalificadas para trabajar en el baño de hombres de un sauna.

Finalmente, la discriminación indirecta, conocida también como impacto adverso[5], implica que el empleador utiliza un criterio de selección formalmente neutro, en la medida que no es discriminatorio, que al aplicarlo por igual a todos los postulantes genera un efecto desproporcionado mucho mayor en grupo protegido con respecto a otro, el mismo que no encuentra justificación en las necesidades del negocio. En este caso, solo deben demostrarse los resultados adversos en un determinado grupo protegido; no interesa demostrar la motivación discriminatoria ya que, incluso, podría no existir. La explicación en la que se sustenta este supuesto es sencilla: si un criterio de selección formalmente neutro —como la talla, peso, experiencia, educación, etcétera—, en su aplicación excluye a más personas de un grupo protegido que de otro en el mercado de trabajo relevante, se considera que la pertenencia a ese grupo protegido es la causa de la disparidad; es decir, por sus efectos negativos el criterio de selección está asociado a un grupo protegido, porque lo perjudica más que a otro grupo.

Para saber si hubo impacto adverso, es necesario medir el impacto en un grupo protegido, por ejemplo, cuál es el impacto en las mujeres al exigir como criterio de

[5] Sobre este concepto puede profundizarse en Valdés (2008: 10 y ss.) y sobre todo en Balta (1996: 123-124).

Fondo Editorial PUCP

selección, medir 1.80 metros y pesar 80 kilogramos[6]. Se entenderá que hubo impacto adverso, si luego de efectuada la medición se descubre que el criterio de selección generó una desproporción significativa en el grupo protegido, ya que solo el 5% de las posibles postulantes mujeres podría aprobar los requisitos de talla y peso exigidos, frente a un 60% de hombres que los cumplirían[7].

Igual que en el caso de la discriminación directa, en la discriminación indirecta también puede alegarse que el impacto adverso está justificado porque el criterio de selección responde a las necesidades del negocio. Aquí se exige que dicho criterio de selección sea esencial para lograr los objetivos del negocio. En otras palabras, el criterio de selección utilizado es el único medio mediante el cual se pueden conseguir los objetivos del negocio. En este caso, es sumamente importante que, de un lado, el criterio de selección se vincule al puesto de trabajo ofrecido y, del otro, que pueda predecir el éxito del trabajador en un puesto, es decir, debe medir la aptitud para desempeñar un trabajo específico.

7.1.3 La igualdad (sustancial) de oportunidades

El carácter no igualitario de una sociedad como la nuestra requiere de una decidida intervención de los poderes públicos de cara a establecer los mecanismos que garanticen una igualdad de carácter sustancial entre todos los ciudadanos, eliminando aquellos obstáculos que la impidan o dificulten. En la actual Constitución es posible identificar algunas pautas que, trascendiendo de la igualdad meramente formal, apuntan en esa dirección. Así, a partir de la concepción del Perú como un Estado social y democrático de Derecho (artículo 43º), que tiene entre sus deberes primordiales «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos» (la igualdad entre ellos) y la promoción del bienestar general, fundamentado «en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación», los poderes públicos deben asumir el compromiso de promover las condiciones que resulten necesarias para el progreso social y económico del país y de todos sus ciudadanos (artículo 23).

Se trata de que el Estado adopte las acciones —afirmativas, de ser el caso— que permitan corregir las inequidades que afrontan grandes sectores de la población: conseguir, dentro de un orden social más justo y equilibrado, basado en el respeto de

[6] Existen dos criterios para determinar el universo de personas donde se debe realizar la medición: *Applicant flow*, que sostiene que deben tomarse únicamente los postulantes reales al puesto en cuestión, y *Applicant pool*, que señala que debe considerarse a todas las personas interesadas y calificadas para el puesto, hayan o no postulado.

[7] La jurisprudencia norteamericana utiliza la regla de los 4/5. Si el porcentaje de selección de un grupo es menor a los 4/5 (80%) del porcentaje de selección del grupo con más alto porcentaje de aceptación, se considera que hay impacto adverso.

Fondo Editorial PUCP

la dignidad de la persona, «el establecimiento de un sistema enderezado a favorecer y promover una igualdad de oportunidades», garantizando «un desarrollo sostenido de carácter igualitario» (Valdés 2008: 4). En definitiva, procurar una igualdad real o sustancial que permita que todos los ciudadanos puedan hacer efectivos los derechos que la Constitución les reconoce.

7.2 El principio de irrenunciabilidad de derechos

7.2.1 Delimitación conceptual del principio y efectos del acto de renuncia

El principio de irrenunciabilidad de derechos tiene también sede constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. El inciso 2 del artículo 26 de la Carta Fundamental establece que este principio actúa respecto de los «derechos reconocidos por la Constitución y la ley». De un análisis comparativo con la Constitución de 1979, la fórmula constitucional actual resulta más escueta y menos precisa en diversos aspectos[8] y, lamentablemente, la Nueva Ley Procesal del Trabajo no ha aportado nada al respecto.

El principio de irrenunciabilidad opera como un mecanismo de autodefensa normativa en apoyo del trabajador, que por su inferior posición contractual frente al empresario, podría terminar dejando de lado, aún contra su voluntad, derechos que le concede el ordenamiento jurídico. Desde antiguo, la doctrina española señala que, para que ocurra una renuncia de derechos, resulta indispensable la decisión de su titular de abandonarlos de forma irrevocable (De la Villa 1970: 8) y de hacerlo sin contraprestación alguna (Ojeda 1971: 190). En ese sentido, el no ejercicio de un derecho no implica una renuncia (tácita), únicamente supone la voluntad de su titular de no hacer uso de un derecho o facultad que el ordenamiento le confiere.

El fundamento del principio de irrenunciabilidad es doble, y así se recoge en la jurisprudencia constitucional: el espíritu protector que inspira al derecho del trabajo y el carácter imperativo de las normas que informan dicha disciplina. Al respecto, ha señalado el TC que «el criterio del Tribunal está orientado a la protección de los derechos del trabajador en tanto estos se sustentan en la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, que constituyen los pilares básicos sobre los que se estructura la sociedad y el Estado»[9]. Dentro de esta perspectiva, «La Constitución protege […] al trabajador, aún respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden,

[8] El artículo 57 de la Constitución de 1979 señalaba que: «Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo».

[9] STC del 20 de enero de 2005, recaída en el expediente Nº 3156-2004-AA/TC, fundamento 3.

Fondo Editorial PUCP

evitando que, por desconocimiento o ignorancia —y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia— se perjudique»[10]. De otro lado, la calificación de orden público que merece gran parte de las normas laborales, impide que los derechos reconocidos en ellas sean desconocidos por la autonomía privada, contando para ello el propio ordenamiento jurídico con mecanismos de garantía interna que procuran lograr la plena eficacia de sus normas. En ese sentido, precisa el TC que, «de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno»[11], quedando incólume, por tanto, el derecho que se pretendió relegar en forma inválida.

La Constitución prohíbe la renuncia de derechos pero no se pronuncia respecto de otras figuras afines, como por ejemplo, la transacción o la venta de derechos. Debe tenerse en cuenta que si bien la renuncia implica una disposición de derechos, no constituye la única forma de hacerlo. La disposición es una figura de mayor amplitud que supone la transformación, modificación o extinción de derechos por parte de su titular (Prados 1980: 55). En cualquier caso, habrá que cuidar que las otras formas de disposición de derechos no encubran una verdadera renuncia o que impida al trabajador recurrir al ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. Conforme a la sentencia de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 4679-2001-ERA(A), el juez debe velar por el cumplimiento del principio de irrenunciabilidad dentro del proceso laboral, y las transacciones extrajudiciales que celebren las partes para poner fin a la controversia judicial deben estar debidamente motivadas, estableciéndose con claridad los conceptos que comprende y la suma entregada al trabajador, que debe comprender los beneficios y los intereses legales que por ley le corresponde percibir. Por su parte, con relación a las transacciones administrativas, la Casación N° 419-2005-Loreto, ha establecido que:

> […] la conciliación administrativa arribada por las partes bajo el marco de los principios de irrenunciabilidad de derechos y de norma mínima no puede constituir un acto que por su naturaleza: a) impida al trabajador involucrado recurrir

[10] STC del 17 de junio de 2003, recaída en el expediente Nº 2906-2002-AA/TC, fundamento 6. En el mismo sentido, véase la sentencia recaídas en la Casación Nº 1507-2004-Lima. También la sentencia recaída en la Casación Nº 476-2005-Lima. Esta última señala que «[…] el principio de irrenunciabilidad justamente prohíbe que los actos de disposición del trabajador como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas entiendo por tal, aquellas que ordenan y disponen sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral, dentro de tal ámbito, el trabajador no puede 'despojarse', permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma y sanciona con la invalidez la trasgresión de esta pauta basilar. Así, la irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta a las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral».

[11] STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente Nº 008-2005-PI/TC (fundamento 24).

Fondo Editorial PUCP

> en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reclamando el pago de los reintegros y beneficios sociales de carácter constitucional y/o legal que formen parte de su objeto; y b) enerve las facultades del órgano jurisdiccional de emitir un pronunciamiento de mérito sobre tales derechos aunque tomando los pagos ya ejecutados como pagos a cuenta a fin de evitar un ejercicio abusivo del derecho.

Incluso en los casos de desistimiento —que, en el caso que se trate de la pretensión, tendría la calidad de cosa juzgada—, estos no operan automáticamente, pues requieren de aprobación judicial. Al respecto señala el artículo 46 de la LPT que: «[…] el desistimiento de la pretensión, del proceso o de algún acto procesal, se formula antes de que surtan efectos. Cuando el demandante la proponga debe motivar su pedido para obtener la aprobación del Juez, quien cuida que no vulnere el principio de irrenunciabilidad respecto de los derechos que tengan ese carácter»[12].

7.2.2 Ámbito material

El análisis del ámbito material u objetivo del principio de irrenunciabilidad plantea resolver algunas interrogantes a efectos de establecer cuándo estamos ante un acto de renuncia y, por tanto, inválido, y cuándo ante un simple acto de disposición y, en consecuencia, válido o permitido por nuestro ordenamiento: ¿qué tipo de derechos son irrenunciables?, ¿todos?, ¿interesa la fuente de donde provengan tales derechos? Como se aprecia, el ámbito material de este principio nos conduce necesariamente a la fuente portadora de los derechos reconocidos a los trabajadores (Constitución, ley, reglamento, convenio colectivo, contrato de trabajo), pero fundamentalmente a la naturaleza de dichas fuentes, a fin de determinar si estas son imperativas o indisponibles —normas de derecho necesario— o, por el contrario, si son plenamente disponibles —normas de derecho dispositivo—.

El principio de irrenunciabilidad suele moverse en el campo de las normas imperativas, concretamente de derecho necesario relativo, es decir, aquellas normas, por lo general de origen estatal y convencional, que establecen mínimos o pisos, por debajo de los cuales no puede actuar la autonomía individual. En esa medida, los derechos consagrados en este tipo de normas no resultan disponibles para el trabajador. En el caso de las normas de derecho dispositivo, que son fundamentalmente las de origen consuetudinario y contractual —incluso las de origen estatal o convencional, si se proclaman ellas mismas como dispositivas—, es válido el acto de disposición de los derechos que dichas normas regulan, no operando en estos casos el principio de irrenunciabilidad.

[12] Un estudio más detenido de esta figura procesal, puede verse en Butrón (2004: 164-168).

Fondo Editorial PUCP

Ahora bien, el artículo 26 de la Constitución otorga carácter irrenunciable expresamente a los derechos establecidos por vía constitucional y legal, omitiendo toda referencia a otras fuentes como los tratados internacionales y los convenios colectivos, por lo que parecería que, respecto de estas fuentes como de cualquier otra, la disposición de los derechos contenidos en ellas serían válidas. No obstante, no consideramos correcta esta posible línea de interpretación.

En efecto, en lo que toca a los tratados internacionales, habría que decir que el contenido de aquellos que hayan sido ratificados por el Perú podrían completar el elenco de derechos constitucionales, conforme a lo establecido en el artículo 3 de la Constitución. Dicho precepto establece que la enumeración de los derechos consagrados en el Tema I del Título I del texto constitucional no excluye a los demás que la Constitución garantiza «ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno». Asimismo, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la propia Constitución, y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los derechos y libertades que la Constitución consagra se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, formando, por tanto, dichos instrumentos —con la Constitución misma— un bloque de constitucionalidad. Es en este orden de ideas, además, que los tratados de derechos humanos gozan de jerarquía constitucional y el resto de tratados tienen rango legal, según el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución. Todas estas claves normativas permitirían sostener la indisponibilidad de los derechos consagrados a favor del trabajador en la norma internacional. Así lo entiende el TC —al menos para los instrumentos de derechos humanos—, que señala que «[…] es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos […]»[13].

En el caso de los convenios colectivos existe una norma expresa que prohíbe a la autonomía individual contravenir lo establecido por aquellos. El artículo 43 de la LRCT, acorde con la fuerza vinculante que la Constitución (artículo 28º, inciso 2) y la propia LRCT (artículo 42º) atribuyen al convenio colectivo, señala que los contratos individuales de trabajo no podrán contener disposiciones contrarias a la norma convencional en perjuicio del trabajador, consagrando de esta manera el principio de inderogabilidad de los convenios colectivos. Estos resultan, por tanto, imperativos

[13] STC del 20 de enero de 2005, recaída en el expediente Nº 008-2005-PI/TC, fundamento 24.

Fondo Editorial PUCP

para la autonomía individual, y al amparo del principio de irrenunciabilidad, los actos de los trabajadores que supongan una disposición de los derechos consagrados a su favor en los convenios colectivos que les resulten aplicables, serían nulos.

En este tema, lamentablemente, la jurisprudencia constitucional resulta contradictoria. En efecto, en un primer momento el TC ha señalado que el principio de irrenunciabilidad no alcanza a los derechos «provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre»[14]; no obstante, en la misma sentencia el Tribunal reconoce la «relativa imperatividad (del convenio colectivo) frente a la autonomía individual, la que solo puede disponer su mejora pero no su disminución»[15]. Y en una oportunidad posterior, como reafirmando esta última postura, el TC ha destacado «La supraordinación del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo»[16]. A pesar de la ambivalente posición del TC[17], parece clara la opción de prevalencia que se establece del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo, así como la posibilidad de este último de mejorar los estándares fijados por el convenio colectivo pero no de reducirlos.

7.2.3 Ámbito subjetivo

Tampoco existe claridad en nuestro ordenamiento respecto al ámbito subjetivo del principio de irrenunciabilidad: ¿la prohibición de renuncia se circunscribe a la autonomía individual o alcanza también a la autonomía colectiva? En otras palabras, ¿el trabajador es el único impedido de renunciar a los derechos que le concede el ordenamiento o también lo está la organización sindical? El problema se centra, por tanto, en el campo de las relaciones colectivas de trabajo, porque, como se ha visto, son indisponibles para el trabajador individual los derechos regulados en normas estatales imperativas (Constitución y ley), tratados internacionales y convenios colectivos.

Con relación al sujeto colectivo (organización sindical) es preciso hacer algunas distinciones. Hay que distinguir, de un lado, si el titular del derecho que se pretende disponer es el propio sujeto colectivo o si se trata de un derecho reconocido al trabajador. De otro lado, será necesario precisar el origen del derecho, es decir, si proviene de una norma estatal, de una internacional, de un convenio colectivo o del contrato de trabajo.

Cuando estamos ante derechos cuyo titular es el trabajador y pretenden ser dejados de lado por la organización sindical, no resulta aplicable el principio de

[14] STC del 20 de enero de 2005, recaída en el expediente Nº 008-2005-PI/TC (fundamento 24).

[15] Fundamento 33.

[16] STC del 17 de abril de 2006, recaída en el expediente Nº 4635-2006-AA/TC (fundamento 39).

[17] Una crítica de esta posición ambivalente del TC puede verse en Neves (2006: 338-339).

Fondo Editorial PUCP

irrenunciabilidad, porque, recordemos, la renuncia supone la disposición del derecho por su titular, no por un tercero, Lo que no significa, necesariamente, que la decisión adoptada por el sujeto colectivo sea válida. Nos explicamos. Si el derecho dispuesto por la organización sindical le fue reconocido al trabajador por ley, el acto de disposición —convenio colectivo— sería inválido por no respetar el mínimo legal establecido. Si el derecho fue concedido al trabajador por convenio colectivo, entonces es perfectamente posible que un convenio colectivo posterior lo elimine. Estamos aquí ante una sucesión peyorativa de convenios colectivos, figura permitida por nuestro ordenamiento, y, por tanto, el acto de disposición sería válido. El trabajador no podría oponer, como se verá en el próximo tema, el principio de condición más beneficiosa, porque los derechos que se reconocen por convenio colectivo a los trabajadores individuales —cláusulas normativas— no se contractualizan. Finalmente, si el derecho fue obtenido mediante contrato de trabajo, la validez del acto de disposición del sujeto colectivo dependerá del interés que pretenda protegerse: si se prefiere el interés individual, expresado en el contrato de trabajo —sobre la base de que la negociación colectiva no puede eliminar la voluntad individual—, prevalecerá este sobre el convenio colectivo; por el contrario, si se prefiere el interés colectivo, plasmado en la norma convencional, entendiendo que la voluntad general prima sobre la individual, esta se impondrá a la autonomía individual[18].

Respecto a los derechos reconocidos a la organización sindical el único supuesto en el que operaría el principio de irrenunciabilidad sería en el caso de derechos que le sean reconocidos por norma estatal imperativa. En el caso de renuncia de derechos establecidos convencionalmente, la autonomía colectiva reconocida a la organización sindical desplegaría toda su eficacia, por lo que el acto de disposición sería perfectamente válido.

7.2.4 Ámbito temporal

Finalmente, en lo que toca al ámbito temporal del principio, entendemos que este opera en las distintas fases por las que atraviesa la relación laboral: antes, durante y después de la vigencia del contrato de trabajo[19], como única forma de que la función protectora del principio sea eficaz. Por tanto, no están permitidas las renuncias de derechos (presentes y futuros) realizadas antes y después de celebrado el contrato de trabajo, inclusive las que se realicen una vez extinguido este respecto de derechos que se le pudieran estar adeudando al trabajador.

[18] Confróntese con lo expuesto por Neves (2009: 132-133).

[19] Al respecto puede verse en Gonzáles (2004: 137).

Fondo Editorial PUCP

7.3 El principio de *indubio pro operario*

7.3.1 El *indubio pro operario* y los métodos tradicionales de interpretación

Una norma puede señalar algo distinto o complementario de lo que aparentemente dice. En consecuencia, una situación como esta exigirá la interpretación de la norma antes de su aplicación a un caso concreto. Para ello, cada ordenamiento suele establecer diversos métodos de interpretación jurídica: literal, lógico, histórico, sistemático, sociológico, etcétera, a fin de desentrañar el sentido correcto de la norma[20]. Como se aprecia, la interpretación jurídica no es un problema exclusivo del derecho laboral, sin embargo, este añade a los llamados métodos tradicionales de interpretación, uno propio: el *indubio pro operario*. Se trata de un principio del derecho del trabajo que ha sido recogido expresamente en el artículo 26º, inciso 3 de la Constitución, en virtud del cual, en la relación laboral debe respetarse la «Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma».

En su terminología clásica este principio, de clara vertiente interpretativa, expresa que de los varios sentidos que pueda tener una norma debe preferirse aquel que resulte más conveniente para el trabajador. El problema radica, entonces, en cómo articular el *indubio pro operario* con los otros métodos de interpretación. Y la solución no se presenta fácil en un sistema jurídico como el nuestro, en el que —como anota Neves (2009: 149)— no existen reglas sobre la interpretación de las normas: cuáles son los criterios de interpretación y en qué orden se aplican, es algo, por tanto, que corresponderá al intérprete —el juez en definitiva— decidir en cada caso.

Al pretender corregir las imperfecciones de las que adolecía el principio de *indubio pro operario* en la Constitución anterior[21], el nuevo diseño constitucional habría pasado a asumir una postura extrema[22], con el propósito, al parecer, «de reducir la aplicación del principio a los casos verdaderamente excepcionales» (Neves 2006: 21).

[20] Neves se inclina por la tesis escéptica, según la cual las normas «admiten tantos sentidos correctos como métodos válidos de análisis se emplee para determinarlos», por lo que la función del intérprete «consiste en atribuir el significado que a su criterio resulte el más conveniente, conforme a los valores que rigen el sistema» (2009: 148-149).

[21] Son conocidas las imperfecciones que presentaba el segundo párrafo del artículo 57º de la Constitución de 1979. De un lado, la referencia a interpretación o duda como supuestos diferentes permitía la aplicación del principio a cualquier supuesto interpretativo, existiera duda o no. De otro lado, se objetaba que el ámbito subjetivo atribuido por la norma constitucional al principio bajo comentario resultaba excesivo, con lo que la norma podía terminar aplicándose a sujetos inicialmente no previstos por ella, moviéndonos entonces en el campo de la llamada «interpretación extensiva», pero no, en estricto, del *indubio pro operario*.

[22] Se trata de «una postura cerrada y limitada» en opinión de Blancas (1993: 8).

Fondo Editorial PUCP

No significaría otra cosa que el requisito de la duda insalvable que establece la actual Constitución para la aplicación del principio.

La duda es el elemento en torno al cual gira el *indubio pro operario*. La doctrina y jurisprudencia comparadas, mucho antes que las nuestras, se han encargado de señalar claramente la necesidad de una «duda real, manifiesta y patente»[23]. Al requisito anterior se le ha sumado uno segundo que exige que el sentido elegido no contradiga la voluntad del legislador[24]. Este segundo requisito es una suerte de prolongación del anterior, que obligaría a una primera fase interpretativa en busca de la voluntad real del ente productor de la norma analizada, mediante el uso del método literal y el de la *ratio legis*.

Sin embargo, la referencia constitucional a la «duda insalvable» parecería exigir el agotamiento de los distintos métodos de interpretación normativa, y solo si la aplicación de los mismos arrojara diversos sentidos, preferir recién el que resulte más favorable al trabajador. Consideramos que esta posición limita drásticamente el uso del *indubio*, porque podría llegarse —siempre sobre la base de una duda— a soluciones que no ofrezcan necesariamente la posición más ventajosa para el trabajador. Esta es, en cualquier caso, la posición que ha asumido el TC, para quien «La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermenéutica», es decir, debe acreditarse «[…] que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitablemente en un contenido incierto e indeterminado»[25].

7.3.2 Ámbitos objetivo y subjetivo del *indubio pro operario*

¿Cuáles son las normas sobre las que opera el principio?, ¿sobre normas jurídicas en estricto o sobre cualquier disposición que contenga un derecho laboral?

Una lectura amplia de la fórmula constitucional —y legal— llevaría a sostener que el principio debería aplicarse a toda disposición en materia de trabajo, es decir, tanto a las fuentes normativas —estatales, internacionales y convencionales— como a las no normativas —contrato de trabajo—. Esta lectura amplia es la que maneja el TC, el que ha señalado que: «La noción de 'norma' abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etcétera»[26].

[23] Véase por todos De la Villa *et al.* (1992: 196).

[24] Asumido mayoritariamente por la doctrina latinoamericana. Véase por todos: Plá (1998: 43) y Neves (1989: 39).

[25] STC del 20 de enero de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 21.

[26] STC del 20 de enero de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, fundamento 21.

Fondo Editorial PUCP

No obstante, no puede desconocerse que tanto el texto constitucional como el legal se refieren «a la duda insalvable sobre el sentido de *una norma*», con lo que el alcance objetivo del *indubio pro operario* debería restringirse al campo estrictamente normativo, debiendo interpretarse el contrato de trabajo, a falta de regulación laboral expresa, conforme a las disposiciones del Código Civil, pero las referidas a la interpretación de los contratos de adhesión[27], cuya similitud con el contrato de trabajo son evidentes.

En el ámbito normativo la aplicación del *indubio pro operario* a los convenios colectivos ofrece algunas resistencias debido a la doble naturaleza normativa y contractual. La doctrina maneja dos posiciones al respecto. La tesis dualista sostiene que cada parte de los convenios de ellos debería interpretarse conforme a su propia naturaleza, mientras que la tesis unitaria entiende al convenio como una unidad, propugnando la aplicación irrestricta del *in dubio pro operario* en todo el convenio. El Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo ha tomado posición por la tesis dualista, al reconocer el carácter contractual del contenido obligatorio de los convenios colectivos y establecer para el mismo una interpretación conforme a las reglas de los contratos. Sin embargo, debe recordarse que se trata de una norma pre e infraconstitucional, que exige, en consecuencia, una adecuación a los términos fijados por la Constitución que reconoce la fuerza vinculante del convenio colectivo en el artículo 28, inciso 1 de la Constitución.

De otro lado, que el *indubio pro operario* se aplique sobre normas, significa que queda fuera de toda posibilidad su aplicación sobre los hechos. Por ejemplo, si en un proceso judicial existe duda sobre la ocurrencia de determinado hecho, el juez no podría aplicar el *indubio pro operario* para favorecer al trabajador. Según lo establecen tanto el Código Procesal Civil como la Nueva Ley Procesal del Trabajo (artículo 23), quien alega un hecho debe probarlo. En todo caso, podrá acudirse a los indicios y a las presunciones para formar en el juzgador la convicción de que el hecho alegado realmente ocurrió. Lo mismo sucede con la costumbre, por lo que si la duda recae en la existencia de la misma de tal práctica, entonces no se podrá aplicar el principio del *indubio*, ya que su existencia corresponderá probarla a quien la alega.

Finalmente, respecto al ámbito subjetivo del principio, en concreto, sobre la posibilidad de que beneficie también a la organización sindical, consideramos que, en tanto ente representativo de los intereses de los trabajadores, no encontramos razón para excluirla de los alcances del *indubio pro operario*. Sin embargo, como se acaba de señalar, esta posición chocaría con lo dispuesto en el Reglamento de la LRCT que establece la interpretación del contenido obligacional del convenio colectivo según las reglas de los contratos.

[27] Artículo 1401 del Código Civil: «Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra».

Fondo Editorial PUCP

7.4 Selección de jurisprudencia

- STC de fecha 22 de abril de 2009 recaída en el expediente N° 008-2008-PI/TC, que brinda una definición y alcances del principio de irrenunciabilidad de derechos y del principio de no discriminación.
- STC de fecha 17 de octubre de 2001 recaída en el expediente N° 337-2000-AA/TC, sobre las implicancias del principio de irrenunciabilidad de derechos.
- STC de fecha 17 de junio de 2004 recaída en el expediente N° 099-2003-AA/TC, sobre la recepción normativa del principio de irrenunciabilidad de derechos.
- STC de fecha 20 de enero de 2005, recaída en el expediente N° 3156-2004-AA/TC, sobre los fundamentos del principio de irrenunciabilidad de derechos.
- STC de fecha 20 de enero de 2004 recaída en el expediente N° 2906-2002-AA/TC, sobre los alcances del principio de irrenunciabilidad de derechos del trabajador.
- STC de fecha 1 de abril de 2005 recaída en el expediente N° 048-2004-PI/TC, que da una definición y alcances del principio de igualdad ante la ley.
- STC de fecha 21 de noviembre de 2007 recaída en el expediente N° 027-2006-PI/TC, que define al principio de igualdad y su tratamiento en la normativa nacional y extranjera.
- STC de fecha 28 de junio de 2004 recaída en el expediente N° 0606-2004-AA/TC, que establece las dimensiones positiva y negativa del derecho a la igualdad.
- STC de fecha 18 de octubre de 2007 recaída en el expediente N° 4922-2007-PA/TC, que define al mandato de no discriminación en materia laboral.
- STC de fecha 12 de agosto de 2005 recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC, sobre los principios constitucionales laborales: irrenunciabilidad de derecho, igualdad de oportunidades e *indubio pro operario*.
- STC de fecha 5 de junio de 2006 recaída en el expediente N° 01875-2006-PA/TC, que define a la igualdad de oportunidades sin discriminación como una manifestación del principio de igualdad en las relaciones laborales.
- Casación N° 1878-2000-Lima de la Sala Transitoria Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 24 de setiembre de 2004, que se refiere a la igualdad de oportunidades sin discriminación en el marco de la negociación colectiva.
- Casación N° 1816-2000-Lima de la Sala Transitoria Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 23 de enero de 2001, acerca de la igualdad de oportunidades sin discriminación prohíbe aplicar normas distintas personas que se encuentran en casos o situaciones similares.

Fondo Editorial PUCP

- Casación N° 439-2002/Lima de la Sala Constitucional y Social Transitoria del 12 de diciembre de 2002, que establece la protección constitucional del principio de irrenunciabilidad de derechos.
- Casación N° 3682-2006/Lima de la Sala Constitucional y Social Transitoria de fecha 20 de marzo de 2007, que especifica la aplicación del principio del irrenunciabilidad solo en el marco de una relación laboral más no en el marco de una contratación de tipo civil.
- Casación N° 100-2004-Lima de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 3 de mayo de 2005, que analiza la discriminación remunerativa injustificada entre trabajadores que desempañaban la misma labor.
- Casación Nº 476-2005-Lima de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 20 de julio de 2006, sobre el reconocimiento constitucional del principio de irrenunciabilidad de derechos y su contenido.
- Casación N° 128-2001-Lima de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional de la Corte Suprema de la República de fecha 16 de abril de 2001, que establece al principio de irrenunciabilidad de derechos como fundamento de la acción persecutoria de los beneficios sociales.
- Casación N° 782-2003-Lima de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 2 de julio de 2004, que señala la vigencia del principio de irrenunciabilidad de derechos para trabajadores extranjeros.
- Casación N° 552-98-SCON de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 22 de setiembre de 1999, que resuelve que no es atentatoria del principio de irrenunciabilidad de derechos la negociación *in peius,* siempre que las partes sean plenamente capaces.
- Casación N° 1219-98-Lima de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 17 de noviembre de 1999, que analiza la compatibilidad entre el principio de irrenunciabilidad de derechos y el arbitraje en materia laboral.
- Casación N° 813-99-La Libertad de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 17 de agosto del 2000, que establece que aquellos convenios colectivos que contravienen normas imperativas nacidas de la Constitución vulneran el principio de irrenunciabilidad de derechos.

Fondo Editorial PUCP

- Casación N° 1747-2005-Lima de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 17 de abril de 2006, que establece la prevalencia del principio de irrenunciabilidad de derechos por encima de cualquier otra norma.
- Casación N° 812-99-La Libertad de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 30 de noviembre de 2000, que aclara que la vulneración del principio de irrenunciabilidad de derechos conlleva la invalidez de tales actos.
- Casación N° 110-2003-Santa de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 27 de junio de 2003, que perfila el ámbito de aplicación del principio *indubio pro operario*.
- Casación N° 231-2004-Lambayeque de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 7 de junio de 2005, donde se define el concepto de discriminación.

7.5 Bibliografía citada

Balta Varillas, José (1996). El impacto adverso. *Thémis,* n° 34, pp. 117-124.

Blancas Bustamante, Carlos (1993). Las normas laborales del proyecto de nueva Constitución. *Asesoría laboral*, n° 34, pp. 7-10.

Butrón Fuentes, José (2004). Transacción, conciliación y desistimiento. En *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez.* Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Cornejo Vargas, Carlos (1995). El principio indubio pro operario en la futura Ley General de Trabajo. Algunas condicionantes teóricas. *Ius et veritas*, n° 11, Lima.

De la Villa, Luis Enrique (1970). El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. *Revista de Política Social*, n° 85.

De la Villa, Luis Enrique; García Becedas, Gabriel y García Perrote, Ignacio (1992). *Instituciones del derecho del Trabajo*. Madrid: Ceura.

Gonzáles Hunt, César (2004). La reducción de remuneraciones y principio de irrenunciabilidad de derechos. En *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez.* Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Herrera Vásquez, Ricardo (2009). El Indubio pro Operario en la sentencia de la Ley Marco del Empleo Público. En *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro homenaje a Javier Neves*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Fondo Editorial PUCP

Martín Valverde, Antonio (1992). Consideraciones sobre el principio pro operario. *Ius et veritas*, n° 05.

Mejía Madrid, Renato (2009). La igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. *Ius et veritas*, n° 37.

Mórtola Flores, Italo (2009). Igualdad y no discriminación en el empleo: el factor sexo. En *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro homenaje a Javier Neves.* Lima: Grijley.

Neves Mujica, Javier (1989). Fuentes y principios laborales en la Constitución. En *Trabajo y Constitución*. Lima: Cultural Cuzco S. A. Editores.

Neves Mujica, Javier (1995). Los trabajos prohibidos a las mujeres y el principio de igualdad ante la ley. *Ius et veritas*, N° 10, julio.

Ojeda Áviles, Antonio (1971). *La renuncia de los derechos del trabajador*. Madrid: IEP.

Prados De Reyes, Francisco (1980). Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores. *Revista de Política Social*, Nº 127.

Quiñones Infante, Sergio y Sánchez Reyes, 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.* Lima: Grijley.

Toyama Miyagusuku, Jorge (2001). El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad. *Ius et veritas*, n° 22, junio.

Valdés Dal-Ré, Fernando (2008). La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno ius gentium. *Relaciones Laborales*, nº 5, pp. 1-13.

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

Capitulo 8
Los principios del derecho del trabajo (III)

La norma más favorable y la condición más beneficiosa

Sumario: 8.1. La norma más favorable y la condición más beneficiosa: principios aplicativos.- 8.2. Principio de la norma más favorable. 8.2.1. Concurrencia conflictiva y principio de la norma más favorable. 8.2.2. Requisitos o límites para la actuación del principio. 8.2.2.1. Límites materiales. 8.2.2.2. Límites instrumentales. 8.2.2.3. Límites aplicativos.- 8.3. Principio de la condición más beneficiosa. 8.3.1. Sucesión y principio de la condición más beneficiosa. 8.3.2. Condiciones de origen contractual. 8.3.3. Condiciones de origen normativo. 8.3.4. Cambio de sujeción normativa. 8.3.5. Aplicación del principio. 8.3.5.1. Teoría de la modernidad. 8.3.5.2. Teoría de la irreversibilidad. 8.3.5.3. Teoría de los derechos adquiridos.- 8.4. Selección de jurisprudencia.- 8.5. Bibliografía citada.

Reseña: en este capítulo desarrollaremos dos principios del derecho del trabajo relacionados con la aplicación de las normas laborales en supuestos de concurrencia conflictiva (norma más favorable) o en la sucesión temporal de diversas normas (condición más beneficiosa).

Objetivos: al final del capítulo el alumno deberá saber identificar la existencia de un conflicto entre normas y del tipo del que se trate; el tipo de incompatibilidades entre dos normas que permitan aplicar el principio de la norma más favorable; así como también deberá saber aplicar correctamente la teoría que nuestro ordenamiento recoge para determinar los efectos de una norma posterior sobre una norma anterior.

Palabras clave: conflicto de normas laborales; norma más favorable; sucesión normativa; condición más beneficiosa.

Fondo Editorial PUCP

8.1 La norma más favorable y la condición más beneficiosa: principios aplicativos

La norma más favorable y la condición más beneficiosa son dos principios de clara vertiente aplicativa. En efecto, se trata de dos principios del derecho del trabajo que operan en supuestos concretos de relaciones entre normas o de relaciones entre normas y hechos. Así, el principio de la norma más favorable se mueve en el terreno del conflicto entre dos o más normas, a fin de seleccionar y aplicar al caso concreto aquella que resulte más ventajosa para el trabajador. En lo que toca a la condición más beneficiosa, este principio opera en el supuesto de una sucesión de eventos normativos o no normativos que cuestionan o alteran las mejores condiciones de las que venía disfrutando el trabajador con anterioridad a dichos eventos. De ser el caso, como refiere dicho principio, se seleccionarán —para mantenerse— aquellas condiciones que resulten más beneficiosas.

La Constitución vigente no se ocupa de los dos principios en cuestión. Asimismo, hasta enero del 2010, el principio de la norma más favorable contaba con una consagración *ex lege* en el artículo II del Título Preliminar de la recientemente derogada Ley 26636, Ley Procesal del Trabajo. Sin embargo, la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, ya no reconoce de manera expresa y literal en su texto ni a la norma más favorable ni a la condición más beneficiosa. En cualquier caso, como ya se abordó en el tema 6, la falta de consagración expresa de un principio no impide al juzgador su empleo en una situación concreta.

8.2 Principio de la norma más favorable

8.2.1 Concurrencia conflictiva y principio de la norma más favorable

Cuando dos o más normas regulan un mismo supuesto de hecho de manera incompatible, es decir, los contenidos de dichas normas discrepan, debemos optar por una de ellas para aplicarla al caso concreto. Pero es necesario distinguir dos tipos de incompatibilidades, cuyas soluciones son diferentes:

a. *Contradicción o colisión opositiva:* en este supuesto la contradicción supone que los mandatos normativos de dos disposiciones se oponen recíprocamente, en otras palabras, una norma concede el derecho, mientras la otra lo niega —se opone—. En esta situación, el origen y el ámbito de aplicación de las normas[1]

[1] Conviene recordar que, cuando hablamos del origen de la norma, analizamos de dónde proviene esta, de ahí que la procedencia de una norma puede ser internacional, estatal, convencional, etcétera. Por su parte, cuando nos referimos del ámbito de una norma, aludimos a su alcance, ya sea general o específico.

Fondo Editorial PUCP

coinciden, son los mismos, por lo que esta situación se resuelve con la derogación de una de ellas.

b. Divergencia o concurrencia conflictiva: en este caso, la divergencia o conflicto supone también que los mandatos normativos de las disposiciones en juego son incompatibles, pero la discrepancia no es total, es decir, las diferencias (divergencias) no permiten la eliminación de una u otra norma, debido a que no coinciden totalmente. Estamos, por tanto, ante una situación donde el ámbito de aplicación y el origen de las normas o son diferentes o son parcialmente coincidentes, como por ejemplo, la incompatibilidad se produce entre un tratado y una norma nacional, o entre un convenio colectivo de rama y uno de empresa; por lo que el conflicto se resuelve, no con la derogación, sino con un proceso de selección de normas. Es aquí donde actúa el principio de la norma más favorable (N+F). Una vez establecida la concurrencia conflictiva como espacio de actuación del principio de la norma más favorable, es necesario precisar que habrá conflicto siempre que: existan varias normas formalmente válidas; posibles de ser aplicadas todas ellas (simultáneamente) a un mismo supuesto; y (con contenidos incompatibles. Es este el supuesto que interesa resaltar, donde por aplicación del principio que estudiamos se aplicará aquella norma que conceda mayores ventajas al trabajador o trabajadores implicados.

8.2.2 Requisitos o límites para la actuación del principio

No existe norma alguna que mencione cuáles son los requisitos o límites a los que está sujeto el uso y aplicación de dicho principio[2]. Sin perjuicio de ello, la doctrina (Camps 1981: 99 y Neves 2009: 160-161) propone los siguientes: límites materiales; límites instrumentales; y límites aplicativos, los mismos que desarrollaremos a continuación.

8.2.2.1 Límites materiales

Estos límites se refieren a los contenidos sobre los cuales actúa el principio. Aquí la pregunta que debe responderse es si el principio actuará independientemente del contenido de las normas.

Para dar respuesta a dicha interrogante, resulta oportuno recordar que el conflicto supone la regulación simultánea de un mismo hecho por varias normas divergentes

[2] Nuestro ordenamiento jurídico contiene una única referencia en materia de conflicto normativo. Es el caso del conflicto entre convenios colectivos de distinta categoría, al que nos referiremos más adelante.

Fondo Editorial PUCP

en su contenido, pero formalmente válidas. No se aplica entonces el principio cuando la norma que se supone más favorable excede de los límites que le fija el propio ordenamiento. Por ejemplo, cuando una norma invade un ámbito de competencia que no le es propio o tiene vedado —un convenio colectivo que supera un tope salarial impuesto por ley—, o cuando no ha seguido el procedimiento establecido para su producción —una ley que no es aprobada con el quórum requerido—. En estos casos, la norma que entra en conflicto con otra resultaría inválida, por lo que debería ser inaplicada al caso concreto y, con ello, desaparecería el conflicto respecto de dicha norma, independientemente de si la norma o normas que quedan en juego resulten menos favorables que la norma inaplicada.

8.2.2.2 Límites instrumentales

Estos límites se refieren a los conflictos entre normas ante los que actúa el principio, tomando en consideración para ello el origen de las mismas. Así, atendiendo al origen de las normas es posible establecer los siguientes supuestos de conflicto: entre normas estatales; entre norma estatal y convencional; entre normas convencionales; y, la actuación de normas internacionales. Analicemos por separado cada uno de ellos:

a. *Conflicto entre normas estatales*: al respecto, es necesario formular algunas precisiones. En primer lugar, conforme al artículo 51º de la Constitución, en caso de normas de distinta jerarquía prevalece la de mayor rango. Asimismo, conforme al inciso 8 del Artículo 118º de la Constitución, el Presidente de la República podrá reglamentar las leyes, pero sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. En consecuencia, incluso cuando una norma de menor rango resulte más favorable al trabajador, la misma no podrá aplicarse al caso concreto pues contravendría el principio de jerarquía constitucionalmente consagrado y la prohibición de transgredir y desnaturalizar las leyes. En segundo lugar, consideramos que ante normas de diferente rango normativo, cuando ambas sean especiales o generales, el principio a aplicar sería el de temporalidad. En efecto, en dicho supuesto nos encontraríamos ante un caso de contradicción en los términos anteriormente expuestos, con lo que la norma posterior derogaría a la anterior, sin importar que esta última resulte más favorable. Ahora, si estamos ante normas de igual jerarquía, habría que determinar si se prefiere la norma especial (E) sobre la general (G); o, si se aplica la norma que resulte más favorable (+) o la menos favorable (-) independientemente de su especialidad. Veamos cómo juegan estas variables en los supuestos que se señalan a continuación:

Fondo Editorial PUCP

Imagen 9
Criterios de especialidad y favorabilidad en la determinación de la norma aplicable

Supuestos
E+ vs. E- : E- (salvo que puedan exigirse derechos adquiridos)[3]
E- vs. E+: E+ (es posterior y amplía derechos)
G+ vs. G- : G- (salvo que pueda exigirse derechos adquiridos)
G- vs. G+: G+ (es posterior y amplía derechos)
E+ vs. G- : E+ (es especial y más favorable)
E- vs. G+: E- (prima la especial)
G+ vs. E- : E- (prima la especial)
G- vs. E+: E+ (es especial, posterior y más favorable)

Fuente: Neves (2009: 172). Elaboración: propia.

b. *Conflicto entre norma estatal y convencional:* en este supuesto, lo lógico será que la norma seleccionada sea el convenio colectivo (C), cuya finalidad es en esencia mejorar los mínimos establecidos por la norma estatal (L). En esa medida, se supone que tendrá por lo general un mejor contenido que la norma estatal. Sin embargo, podrían presentarse los cuatro supuestos siguientes:

Imagen 10
Conflicto entre norma estatal y convencional

Supuestos	
C+ vs. L-: C	(se aplica la N+F)[4]
C- vs. L+: L	(se aplica la N+F)
L- vs. C+: C	(suplementariedad)[5]
L+ vs. C-: L	(irrenunciabilidad)[6]

Fuente: Neves (2009: 172). Elaboración: propia.

[3] Supuesto que analizaremos en el punto 8.3, a propósito del principio de la condición más beneficiosa.

[4] Siempre que la ley no sea un «máximo de derecho necesario» o una norma de «derecho necesario absoluto» (Neves 2009: 165).

[5] Como en el primer supuesto, salvo que la ley impida el libre juego de la autonomía colectiva, por tratarse de un máximo de derecho necesario do de una norma de derecho necesario absoluto.

[6] Al respecto consultar el capítulo 7.2.

Fondo Editorial PUCP

En este punto cabría preguntarse si una ley podría derogar o dejar sin efecto a un convenio colectivo. Creemos que no es posible hablar de derogación entre normas estatales y convencionales, puesto que se trata de normas de naturaleza distinta, cuyo órgano productor y forma jurídica son diferentes. No obstante, deben tenerse en cuenta las limitaciones que, por ley, podrían imponerse a la autonomía colectiva y a las que nos hemos referido antes.

c. *Conflicto entre normas convencionales:* esta clase de conflicto podría producirse entre convenios colectivos de distintos niveles de negociación. Si bien en el derecho comparado son diversos los criterios de selección para resolver el conflicto entre convenios colectivos —por ejemplo, prevalece el convenio de ámbito superior; el celebrado primero en el tiempo; el último que se celebró; el de ámbito inferior o específico; el convenio más favorable; etcétera—, el artículo 45º de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, la LRCT) ha optado por recoger el principio de la norma más favorable. Dicho precepto señala expresamente que, en caso de conflicto entre convenios de distinto ámbito, se prefiere el que sea más favorable, aplicado en su integridad. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que esta solución es discutible, por cuanto la propia norma establece diferentes criterios de articulación que buscan evitar el conflicto (negociación articulada), de forma tal que, en lógica jurídica, el convenio que no respete dichos criterios de articulación debería ser inválido.

d. *Conflicto de norma estatal, convencional o internacional con norma internacional:* cuando entran en conflicto una norma internacional con una norma estatal, una convencional u otra internacional, se prefiere la norma que resulte más favorable. Esto es así, al menos respecto de las normas internacionales de trabajo, en función de lo señalado por el artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, que prescribe que la adopción de un convenio internacional, no significará el menoscabo de condiciones más favorables obtenidas a través de otras normas de derecho interno. Este criterio suele ser recogido en los propios convenios internacionales de trabajo.

8.2.2.3 Límites aplicativos

Estos límites aluden al modo cómo se comparan las normas en conflicto —unidad o módulo de comparación—, con el fin de seleccionar aquella que resulte más favorable. Al respecto, se han elaborado fundamentalmente tres teorías:

Fondo Editorial PUCP

a. *Teoría del conjunto:* según esta teoría, las normas se aplican en su conjunto, en forma completa e integral, de ahí que para determinar cuál es la más favorable, debe realizarse una comparación global entre las normas en conflicto. Como se ha visto[7], esta es la opción que ha establecido la LRCT (artículo 45) para el caso de conflictos entre convenios colectivos de distinto nivel. El problema de esta teoría es que, en virtud de su aplicación, termina comparando diferentes derechos o institutos respecto de las cuales no se produce conflicto alguno, lo que dificulta, sin duda, la selección de la norma que resulta más favorable al caso concreto.

b. *Teoría de la acumulación:* tal como su nombre lo indica, postula que es posible comparar y sumar (acumular) los preceptos más ventajosos de las normas en conflicto, de modo tal que con la suma de todas las disposiciones más favorables se construye una nueva norma a ser aplicada. Consideramos que esta teoría merece ser descartada porque la descomposición que propone de las normas en conflicto termina atentando contra la integridad y coherencia que subyace a cada una de ellas.

c. *Teoría de la comparación analítica por instituciones:* esta teoría supone el análisis o comparación por instituciones, es decir, «la comparación respecto de unidades conceptuales y orgánicas al interior de cada norma» (Camps 1981: 99 y Plá 1998: 39). Esta última teoría parece ser la más razonable puesto que se centra exclusivamente en los derechos o institutos que entran en conflicto y, respecto de ellos en su integridad, se opta por lo que resulta más favorable al trabajador o trabajadores afectados.

8.3 Principio de la condición más beneficiosa

8.3.1 Sucesión y principio de la condición más beneficiosa

El derecho del trabajo surge como una disciplina que equilibra la asimétrica relación de trabajo. Así, por medio de la acción estatal y de la autonomía colectiva se fueron estableciendo a favor de los trabajadores un conjunto de derechos que a través de esas mismas vías —fundamentalmente la segunda— se consolidaron y ampliaron con el paso del tiempo. Cabe preguntarse, entonces, si los trabajadores tienen garantizado que dichos beneficios deban permanecer inalterables en el tiempo o, en todo caso, si deben cambiar solo para mejorar. No obstante, no debe perderse de vista que, incluso dentro de la lógica tuitiva que caracteriza al derecho del trabajo, este ha

[7] Véase el capítulo 5, en la parte dedicada al estudio del convenio colectivo de trabajo.

Fondo Editorial PUCP

conocido —y conoce aún— de etapas de flexibilización que han supuesto la desmejora —en algunos casos sustancial, como en el Perú— de los derechos reconocidos a los trabajadores. En efecto, un trabajador puede encontrarse gozando de determinados beneficios que, en virtud de un evento posterior, podrían ponerse en cuestión mediante su rebaja o eliminación. ¿Tiene el trabajador algún mecanismo de defensa frente a esta situación?

Precisamente, el derecho del trabajo cuenta con el principio de la condición más beneficiosa (C+B), cuya aplicación supone la conservación de las mayores ventajas o derechos alcanzados por un trabajador en virtud de un evento anterior frente a otro posterior que pretende su eliminación o su sustitución peyorativa. Ahora bien, dichas condiciones o mayores ventajas, así como el acto de sustitución de las mismas, pueden tener origen contractual (C) u origen normativo (N). ¿En cuál de estos casos se aplica el principio en cuestión? Analicemos por separado cada uno de estos supuestos.

8.3.2 Condiciones de origen contractual

Cuando nos referimos a las condiciones de origen contractual lo hacemos tanto a los beneficios estipulados en los contratos de trabajo —acto bilateral—, como a los otorgados de *motu propio* por el empleador —acto unilateral—. Se entiende que, en ambos casos, los beneficios establecidos a favor del trabajador se han contractualizado —en el caso de los derechos otorgados por acto unilateral, en virtud de su consolidación por el transcurso del tiempo—[8], pasando a considerarse como un derecho adquirido del trabajador. Por tanto, la única posibilidad de alterar peyorativamente dichos beneficios sería con la autorización expresa del propio trabajador, en la medida que no haya vicio del consentimiento y siempre que se respeten los mínimos legalmente establecidos. Tratándose de derechos consagrados en fuentes de carácter dispositivo, estaríamos ante una modificación válida de dichos derechos, por lo que no cabría invocar el principio de la condición más beneficiosa.

Por el contrario, si la desmejora de las condiciones proviene de un acto de imposición empresarial, pretendiendo desconocer una mayor ventaja otorgada con anterioridad al trabajador, incluso al amparo de una nueva norma que la regula en forma menos beneficiosa, estaríamos ante una decisión unilateral del empleador

[8] La doctrina y jurisprudencia española sostienen que la aplicación del principio de la C+B «exige que ésta haya sido fruto de la voluntad deliberada de establecerla, de forma bilateral o unilateral […], no por consiguiente cuando la condición de que se trate sea resultado de una situación de hecho meramente consentida o tolerada por el empresario» (Martín *et al.* 2009: 498).

Fondo Editorial PUCP

frente a la cual el trabajador podría oponer el principio de la condición más beneficiosa, a fin de conservar los mayores beneficios.

8.3.3 Condiciones de origen normativo

Las condiciones de origen normativo son las que provienen de fuentes estatales —leyes, reglamentos—; convencionales —convenios colectivos—; o de la costumbre, que tienen la calidad de normas jurídicas. La situación de desmejora se plantea cuando una norma posterior desconoce o establece una condición peyorativa respecto a la existente, lo que nos sitúa en el ámbito de la sucesión normativa y, en consecuencia, del supuesto de la derogación de normas. Frente a esto se han esbozado diversas teorías a efectos de determinar los efectos de la norma posterior sobre la anterior: irreversibilidad, modernidad y derechos adquiridos, las cuales exponemos a continuación.

a. *Teoría de la irreversibilidad:* esta teoría establece que una norma laboral posterior no puede ser peyorativa respecto de una anterior, en la medida en que la voluntad del legislador no puede ir en contra de la tendencia natural del derecho laboral, que es la de ir consiguiendo nuevos y mejores derechos para los trabajadores. En consecuencia, se presenta una resistencia de la norma que concede mejores beneficios —fuerza pasiva de la norma— a ser derogada, por lo que la norma peyorativa no podría regir, con lo cual resultaría innecesaria la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

b. *Teoría de la modernidad:* esta teoría se ubica en la orilla contraria a la de la irreversibilidad. Plantea que no es posible invocar el principio de la condición más beneficiosa, en la medida que, acogiendo el principio de la temporalidad de las normas, una norma posterior deroga a la anterior y produce sus efectos en forma inmediata —aplicación inmediata de la ley—. La voluntad del legislador, siempre que se mueva dentro de los parámetros constitucionales, puede dar normas en cualquier sentido, ya sea para conceder nuevos derechos, mantenerlos o incluso eliminarlos. En consecuencia, las antiguas relaciones jurídicas pasan a ser regidas por la nueva norma, independientemente de que esta contemple condiciones inferiores a la norma que la antecedió. Es esta la posición que, con carácter general, asume nuestro ordenamiento jurídico. El TC, en una interpretación sistemática del artículo 109 de la Constitución y del artículo III del Título Preliminar del Código Civil[9], ha señalado que

[9] En rigor, solo el artículo III del Título Preliminar del Código Civil acoge en forma expresa la teoría de los hechos cumplidos o aplicación inmediata de la ley.

Fondo Editorial PUCP

la Constitución consagra la teoría de la aplicación inmediata de la norma cuando establece la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial.
En el caso de la sucesión de convenios colectivos, el reconocimiento de la fuerza normativa de estos por la Constitución (artículo 28) y la LRCT (artículos 42 y 43), impide a los trabajadores conservar los mayores beneficios alcanzados al amparo de un convenio anterior, por lo que tampoco resulta posible invocar el principio de C+B.

c. *Teoría de los derechos adquiridos:* esta teoría garantiza que quienes adquieren un derecho al amparo de determinada norma, lo mantendrán aun cuando esta sea derogada por otra. En consecuencia, siguiendo esta teoría, la norma anterior puede ser derogada por una posterior peyorativa, sin embargo, aquellos trabajadores que adquirieron determinado beneficio con la norma derogada tendrán derechos a conservarlo. En rigor, esta teoría no desconoce totalmente la teoría de la modernidad, pero plantea su aplicación en forma mediatizada en el ámbito de las relaciones laborales, esto es, la nueva norma se aplicaría a los nuevos trabajadores y también a los antiguos, pero, en este último caso, condicionada al respeto de las mejores condiciones obtenidas al amparo de la normativa anterior. No se trata de la ultra-actividad de la norma anterior, puesto que la norma queda derogada. Solo se mantienen determinados beneficios otorgados por aquella: las condiciones que resulten más ventajosas. De otro lado, la nueva norma regirá para las relaciones jurídicas futuras y para las pasadas en todo lo no previsto por la norma anterior.

Como se ha visto, de las tres teoría planteadas nuestro ordenamiento recoge expresamente la teoría de la modernidad o de los hechos cumplidos, por lo que el principio de la C+B no tendría cabida respecto de las condiciones que tienen origen normativo, salvo, claro está, que la propia norma —legal[10] o convencional— permita expresamente, como una situación excepcional y atípica, el mantenimiento de las mejores condiciones obtenidas al amparo de la norma anterior.

En definitiva, el espacio de aplicación del principio de la C+B es el del caso «del trabajador que individualmente goza de determinadas condiciones de trabajo —con origen en pacto individual con el empresario o en concesión unilateral de este

[10] Como ha ocurrido, por ejemplo, con la reciente modificación del régimen laboral de la micro y pequeña empresa. En efecto, el Decreto Legislativo N° 1086, que establece un régimen laboral a la baja, mantiene intacto para los antiguos trabajadores el régimen laboral anterior.

Fondo Editorial PUCP

último— que con posterioridad son reguladas con carácter general de forma menos favorable» (Martín *et al.* 2009: 498)[11].

8.3.4 Cambio de sujeción normativa

Se trata de supuestos en los que se aplica una normativa distinta de la original, por ejemplo, un trabajador es trasladado de un centro de trabajo a otro, donde se aplica un convenio colectivo que le concede menores beneficios que el que le otorgaba el convenio que rige en su anterior centro de trabajo. En este caso no estaríamos, en estricto, ante una sucesión de normas en el tiempo: no hay derogación, puesto que ambas normas rigen, simultáneamente, en ámbitos espaciales diferentes. En consecuencia, creemos que lo que se presenta aquí es un caso de concurrencia conflictiva, por lo que el conflicto debiera solucionarse aplicando el principio de la norma más favorable.

Imagen 11
Cambio de sujeción normativa y aplicación del principio de norma más favorable

Origen del beneficio	Origen de la sustitución	Aplicación del principio C+B
C+	C-	NO (salvo que trabajador no consienta la modificación)
C+	N-	SÍ
N+	N-	NO (sucesión normativa: norma posterior deroga a la anterior)
N+	C-	NO (aplicación del principio de irrenunciabiliad)
N+	Cambio de sujeción normativa	NO (aplicación del principio de norma más favorable)

8.3.5 Aplicación del principio

Cabe preguntarse cuándo se considera que un derecho ha sido adquirido, a efectos de poder oponer válidamente el principio de la C+B. Al respecto, existen diversas posturas que señalan: que basta la existencia de una relación laboral, sin requerir que el trabajador haya satisfecho los requisitos establecidos para gozar del beneficio, ni mucho menos que lo esté disfrutando; que no es suficiente la existencia de una relación laboral sino que el derecho se adquiere, al menos, cuando el trabajador haya cumplido con los requisitos establecidos para su disfrute, aunque efectivamente no

[11] En el mismo sentido, la doctrina nacional mayoritaria —véase por todos Neves (2009: 172)—, entiende que el principio de C+B no tiene cabida en las condiciones de origen normativo; así fue recogido, además, en el anteproyecto de Ley General del Trabajo.

Fondo Editorial PUCP

lo esté disfrutando; y que no solo es necesaria la existencia de la relación laboral y el cumplimiento de los requisitos para el disfrute del beneficio, sino que además es necesario que el trabajador haya comenzado a disfrutarlo.

La tesis asumida por el TC es la segunda, y lo ha hecho con ocasión de la declaratoria de inconstitucionalidad —parcial— del Decreto Ley N° 25967 y el Decreto Legislativo N° 817. Si bien se trata de dos pronunciamientos en materia pensionaria, llevado al ámbito laboral, puede concluirse que, para que se considere un derecho como adquirido, debe verificarse: la existencia de una relación jurídica laboral y que se haya producido el supuesto de hecho establecido para el disfrute del beneficio. No es necesario, por tanto, que el trabajador se encuentre en el ejercicio del derecho o que hay estado en la posibilidad de hacerlo.

8.4 Selección de jurisprudencia

- Casación N° 1833-2000-Lima de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de fecha 8 de noviembre de 2002, donde se establece la preferencia en la aplicación de normas más favorables para el trabajador.

8.5 Bibliografía citada

Camps Ruiz, Luis Miguel (1981). Los conflictos entre normas laborales. En (autores varios). *Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el estatuto de los Trabajadores*. Madrid: IES.

Martín Valverde, Antonio; Rodríguez-Sañudo, Fermín, García Murcia, Joaquín (2009). *Derecho del Trabajo.* Madrid: Tecnos, S. A.

Neves Mujica, Javier (2004). El principio de la norma más favorable. En *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano: libro homenaje al profesor Américo Plá.* Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Plá Rodríguez, Américo (1998). *Los principios del derecho del trabajo.* Buenos Aires: Depalma.

Sala Franco, Tomás (1977). Condición más beneficiosa. *Revista de política social*, n° 114, abril-julio.

Tolosa Triviño, César (2003). La aplicación práctica del principio de condición más beneficiosa. En *Los principios del derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

Toyama Miyagusuku, Jorge (1993). Principio de condición más beneficiosa: manifestaciones y límites en el ordenamiento peruano. *Derecho & Sociedad*, año 3, n° 7.

Fondo Editorial PUCP

Capítulo 9
Vigencia de las fuentes de la relación laboral en el espacio y en el tiempo

---

Sumario: 9.1. Vigencia de las fuentes de la relación laboral en el espacio. 9.1.1. Consideraciones generales. La relación de trabajo internacional. 9.1.2. La relación de trabajo prestada en varios países. 9.1.2.1. Jurisdicción competente. 9.1.2.2. Normativa aplicable. 9.1.3. La relación de trabajo desarrollada en sedes diplomáticas. 9.1.3.1. Jurisdicción competente. 9.1.3.2. Legislación aplicable.- 9.2. Vigencia de las fuentes de la relación laboral en el tiempo. 9.2.1. Teoría de los derechos adquiridos. 9.2.2. Teoría de los hechos cumplidos.- 9.3 Jurisprudencia seleccionada.- 9.4. Bibliografía citada.

Reseña: en el último tema del curso se abordará la vigencia de las fuentes de la relación laboral en el espacio y en el tiempo.

Objetivos: finalizado este capítulo, el alumno estará en condiciones de identificar la teoría que recoge nuestro ordenamiento en materia de vigencia de las normas en el espacio y en el tiempo.

Palabras clave: relación de trabajo internacional; competencia de la jurisdicción; derechos adquiridos; hechos cumplidos.

Fondo Editorial PUCP

9.1 Vigencia de las fuentes de la relación laboral en el espacio

En el contexto actual, donde las relaciones laborales que traspasan las fronteras de un país van en aumento, el estudio de la vigencia de las fuentes de la relación laboral en el espacio se torna especialmente importante. El magistrado, al conocer de un conflicto de intereses en el marco de una relación de trabajo internacional, deberá determinar si él resulta competente —o, por el contrario, lo es el juez de otro Estado— y, en caso de serlo, deberá establecer a continuación cuál es la legislación aplicable para darle solución. Por su parte, el manejo de la vigencia de las normas en el tiempo, permitirá definir desde cuándo una norma resulta aplicable a una determinada situación.

9.1.1 Consideraciones generales. La relación de trabajo internacional

El tema de la vigencia de las normas en el espacio cobra importancia de cara a las controversias que puedan presentarse en el ámbito de una relación de trabajo internacional. De ahí que los servicios prestados por un trabajador, sin importar si es nacional o extranjero si se realizan íntegramente en el territorio peruano, no ofrecerá problema alguno desde la perspectiva: del juez que resulta competente para conocer un eventual conflicto de intereses entre las partes, así como de la legislación que dicho juzgador tiene que aplicar para resolverlo. En ambos casos rige el criterio de la territorialidad, es decir, el juez competente y el ordenamiento legal aplicable son los peruanos.

La situación será diferente, y cada vez más frecuente en ciertos ámbitos, como consecuencia de una economía globalizada —interconexión de mercados, circulación de capitales, bienes y servicios—, cuando la relación de trabajo presenta algún elemento internacional, diferente al de la nacionalidad[1]; por ejemplo, en el caso de un contrato de trabajo celebrado en el Perú pero ejecutado en el extranjero, o en el de una prestación de servicios realizada para una misma empresa multinacional en forma sucesiva en varios países. Los problemas que surgen son evidentes: ¿ante quién se reclama los derechos que pudieran haberse generado como consecuencia de esta clase de relación laboral?, ¿cuál es la normativa aplicable para la resolución de la controversia?, ¿puede aplicarse más de una?

[1] Si bien existen ciertas limitaciones y formalidades que deben cumplirse en la contratación de personal extranjero para que realice labores en el territorio nacional, esto no supone un recorte en su derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los tribunales peruanos, ni en los derechos laborales reconocidos por nuestro ordenamiento, que no pueden ser menores que los que le correspondan a cualquier trabajador sujetos al régimen de la actividad privada (decreto supremo 014-92-TR, artículo 23).

Fondo Editorial PUCP

Lo que se acaba de describir plantea una relación de trabajo internacional vinculada a más de un ordenamiento jurídico; relación que supone el desplazamiento de trabajadores de un Estado a otro, pero, al mismo tiempo, que sus obligaciones contractuales se ejecuten en más de un territorio nacional (Cornejo 1999: 204).

De otro lado, encontramos también elementos internacionales en el trabajo —personal, remunerado y subordinado— que se presta en las sedes diplomáticas de los estados, así como en organismos internacionales acreditados en nuestro país que, debido a las prerrogativas e inmunidades propias del Derecho Internacional Público, establecen reglas propias en la determinación de la jurisdicción competente y la normativa aplicable.

En las líneas siguientes abordaremos los problemas planteados, analizando por separado el supuesto de la relación de trabajo en diferentes territorios nacionales y del trabajo realizado en sedes diplomáticas.

9.1.2 La relación de trabajo prestada en varios países

Como se ha señalado, cuando surge un conflicto de intereses dentro de una relación laboral internacional, la solución pasa por tener que establecer quién es el juez competente y cuál es la normativa aplicable al caso concreto.

El análisis debe seguir ese orden. En efecto, lo primero que tendrá que resolver el juez ante quien se interponga inicialmente la demanda, es si tiene o no competencia para conocer de esa acción y, solo si resultara competente, deberá establecer, a renglón seguido, la norma que corresponde aplicar para dar solución al caso que se le plantea.

9.1.2.1 Jurisdicción competente

Para determinar la jurisdicción competente en el caso de una relación de trabajo internacional será necesario acudir, en primer lugar, a los tratados internacionales de carácter general —Código de Derecho Internacional Privado y Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo— o específico —tratados que puedan haberse celebrado entre los estados en los cuales se ejecutó la relación de trabajo—, a fin de determinar los criterios o factores de conexión de atribución de competencia jurisdiccional que establecen: domicilio del demandante, lugar de celebración del contrato, lugar de ejecución del contrato, etcétera.

La ausencia de reglas en la normativa internacional nos conduce al ordenamiento interno. Sin embargo, nuestro ordenamiento laboral no ofrece una solución al tema planteado, por lo que habrá que recurrir, en vía supletoria —en virtud de lo señalado en el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil—, a los factores de conexión

Fondo Editorial PUCP

de atribución de competencia jurisdiccional establecidos en el Libro X del Código Civil, relativo al Derecho Internacional Privado.

En ese sentido, el artículo 2057 del Código Civil establece la competencia de los tribunales peruanos para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional. No obstante, conforme al artículo 2058, también son competentes los tribunales peruanos para conocer los procesos por el ejercicio de acciones de naturaleza patrimonial, inclusive contra personas domiciliadas en el extranjero, siempre que: las obligaciones derivadas del contrato de trabajo se hayan ejecutado en el territorio nacional; el contrato de trabajo se haya celebrado en el Perú; o las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción. Como se aprecia, son diversos los factores de conexión establecidos por nuestro ordenamiento que le abren al demandante —por lo general, el trabajador— la posibilidad de que pueda demandar válidamente ante un juez peruano, puesto que el artículo en cuestión no establece un orden de prelación entre los distintos criterios, sino que los plantea como supuestos alternativos, todos igualmente válidos.

Finalmente, el artículo 2060 del propio Código Civil permite a los contratantes optar por la jurisdicción de un tribunal extranjero, aunque sujeta la decisión de las partes a las siguientes restricciones: que el asunto no sea de jurisdicción exclusiva de Perú; que dicho sometimiento no constituya un abuso del derecho; y que no atente contra el orden público. Estas limitaciones ponen de manifiesto lo perjudicial que podría resultar el uso de este precepto en la esfera de las relaciones laborales, dada su especial naturaleza. En efecto, por la posición de debilidad que ostenta el trabajador en el contrato de trabajo podría terminar acordando con su empleador una jurisdicción que lo coloque en una posición de indefensión (Neves 2009: 108).

9.1.2.2 Normativa aplicable

El juez que resulte competente para conocer de una acción derivada de una relación de trabajo internacional, tendrá que establecer cuál es la normativa que debe aplicar para resolver dicho conflicto.

El artículo 2048 el Código Civil establece la obligación de los jueces peruanos de aplicar únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho Internacional Privado, lo que significa que el juez tendrá que aplicar, según corresponda, la norma nacional o una extranjera.

Los criterios de conexión que suelen contemplarse para establecer la norma aplicable son diversos. Podemos mencionar el de la *lex fori* o normativa del Estado al cual pertenece el juez competente, el de la autonomía privada, el de la ley del lugar de celebración del contrato y el de la ley del lugar de ejecución del contrato; a los que habría que agregar el criterio de la norma más favorable, como principio de selección

Fondo Editorial PUCP

de normas propio del derecho del trabajo. Si los instrumentos internacionales no señalan nada al respecto, debemos acudir al ordenamiento interno.

Derogada la Ley 4916 y su reglamento, no existe actualmente en el ámbito laboral ninguna norma que establezca los criterios de determinación de la norma aplicable[2]. Ello nos obliga a recurrir, nuevamente, al Libro X del Código Civil, en la parte relativa a la legislación aplicable a las relaciones jurídicas internacionales de carácter privado. Concretamente, el artículo 2095 del Código Civil establece que la ley aplicable en materia de obligaciones contractuales dependerá de los siguientes criterios: lo que decidan las partes; la ley del lugar de cumplimiento de la obligación principal; y, la ley del lugar de celebración del contrato.

A partir de los criterios establecidos por la normativa civil surgen dos interrogantes: la primera, referida a la actuación de la autonomía privada en un ámbito como el laboral, en el que una cantidad importante de sus normas son indisponibles para las partes; la segunda, referida a la posibilidad de hacer uso del criterio (principio) de la norma más favorable.

Con relación a la primera interrogante habría que decir que somos de la opinión de no dejar a la irrestricta autonomía de las partes la fijación de la norma que desean aplicar a su relación de trabajo, porque ello podría suponer que sea el empleador —por su posición de ventaja en la relación— quien termine imponiendo su voluntad. En estos casos, el juzgador tendrá que velar porque la aplicación del derecho extranjero escogido por las partes no desconozca derechos de naturaleza indisponible reconocidos por el ordenamiento nacional. Como nos recuerdan Delgado *et al.* (2007: 390), «entre las restricciones que deben necesariamente rodear al principio de la autonomía de la voluntad, figura la situación de desigualdad de las partes contratantes, lo cual justifica la limitación de la elección de la ley aplicable»[3]. Este autor toma como ejemplo el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de la comunidad económica europea, en el que la «idea fuerza» que inspira la determinación de la ley aplicable en los contratos de trabajo es la protección de la parte débil del contrato, es decir, el trabajador. En ese sentido, el artículo 6.1 del citado Convenio dispone que la elección de la ley aplicable decidida por las

[2] Salvo para el cómputo del tiempo de servicios para los efectos del pago de la compensación por tiempo de servicios, pues el TUO de la Ley de CTS, contempla que se computa el tiempo efectivamente laborado en el país y que se contará el prestado en el extranjero si el contrato se hubiera celebrado en el Perú.

[3] Agregan los citados profesores que, incluso autores que son partidarios de la autonomía de la voluntad, como Morris y Lando, «reconocen la necesidad de que su buen funcionamiento en los contratos internacionales exige que ambas partes gocen de un poder de negociación igualmente fuerte […], convirtiéndose, en el caso de falte esta premisa, en un instrumento peligroso en manos de una empresa poderosa que negocie con un consumidor o empleado más débil […]».

Fondo Editorial PUCP

partes, «no podrá privar al trabajador de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas de ley designada por los criterios de conexión objetivos (lugar de ejecución del contrato, lugar del establecimiento del contratante y vínculos más estrechos)» (Delgado *et al.* 2007: 392).

Por su parte, la aplicación del principio de la norma más favorable estaría permitida a partir, precisamente, de la consagración de la autonomía privada, como criterio de determinación de la ley aplicable, siempre que, como se ha visto, no pretenda dejar de lado normas imperativas o de derecho necesario absoluto, es decir, aquellas que no permiten pacto en contrario —no disponible en cualquier sentido— o sobrepasar máximos de derecho necesario — no disponibles hacia arriba—. Ermida (1981: 174) plantea la aplicación combinada de la norma del lugar de ejecución del contrato de trabajo y de la norma más favorable al trabajador. En rigor, la aplicación de este principio se hará a partir de la comparación entre dos normas: la ley elegida por las partes y la ley que resultase aplicable en defecto de elección que, en el caso peruano, sería la ley de ejecución del contrato (Delgado *et al.* 2007: 393).

En todo caso, creemos que no resultará fácil al juez aplicar el principio de la norma más favorable que, recordemos, se encuentra sujeto a un conjunto de límites —materiales, instrumentales y aplicativos— y, sobre todo, si la selección debe hacerse entre normas de ordenamientos jurídicos diferentes y que no responden, necesariamente, a una misma lógica. Precisamente, Virgós sugiere que la comparación entre normas debe hacerse respetando la coherencia interna de las respetivas regulaciones, por lo que propone acudir a la teoría de la comparación analítica o por instituciones[4].

Por último, y como ya se adelantó, el juez peruano podría tener que aplicar una norma extranjera. En tal caso, el juzgador no podría alegar el desconocimiento de dicha normativa, pues, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2048 del Código Civil está obligado a aplicarla.

9.1.3 La relación de trabajo desarrollada en sedes diplomáticas

La determinación de la jurisdicción competente y de la legislación aplicable para la resolución de los conflictos de intereses derivados de una relación de trabajo desarrollada en sedes diplomáticas ofrece soluciones distintas a las estudiadas en el acápite anterior, debido a las prerrogativas reconocidas a los estados, y por extensión a sus agentes diplomáticos acreditados ante un Estado receptor.

[4] Citado por Delgado *et al.* (2007: 393).

Fondo Editorial PUCP

9.1.3.1 Jurisdicción competente

En materia de jurisdicción, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas reconoce al Estado acreditante, y a sus agentes diplomáticos, inmunidad de jurisdicción. Esta inmunidad se ha entendido como absoluta, sin que permita diferenciar entre los actos de imperio —actuación oficial— y los actos de gestión. Esto hace que los nacionales del Estado receptor que trabajen en alguna sede diplomática de algún Estado acreditado no puedan demandar ante los tribunales peruanos, sino que tendrán que hacerlo ante los tribunales del Estado acreditante.

En el caso de los agentes diplomáticos de los organismos internacionales la situación es similar, aunque en algunos casos podría llegarse a situaciones de indefensión. En efecto, bien en los tratados fundacionales de los respectivos organismos internacionales o en los acuerdos de instalación en un Estado determinado, se consagra la inmunidad de jurisdicción de dichos organismos y de sus agentes diplomáticos. La ausencia de un poder jurisdiccional estatal ha hecho que se creen al interior de dichos organismos tribunales administrativos, encargados de resolver los reclamos de sus trabajadores. El problema radica en que no todos los organismos internacionales cuentan con esta clase de tribunales, privando de una tutela judicial efectiva a los trabajadores de los mismos.

9.1.3.2 Legislación aplicable

El tema de la ley aplicable va de la mano con la inmunidad de jurisdicción a la que nos acabamos de referir. En este punto cabe distinguir entre los nacionales del Estado acreditante y los nacionales del Estado receptor. Los primeros regulan su relación de trabajo conforme a lo establecido en su legislación nacional. Para los segundos la solución termina siendo la misma pues, según lo establecido por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, se rigen por la ley del Estado acreditante.

En el caso de las sedes diplomáticas de los organismos internacionales suele distinguirse entre funcionarios internacionales y funcionarios nacionales. Los primeros se rigen por el régimen laboral impuesto por el propio organismo internacional. Los segundos se rigen, bien como por el régimen laboral del organismo internacional o bien por la legislación laboral del estado receptor.

9.2 Vigencia de las fuentes de la relación laboral en el tiempo

Se trata de establecer a partir de qué momento rigen las normas aplicables a una relación de trabajo. Y en este punto no hay una diferencia con el resto del ordenamiento, que fundado en el principio de seguridad jurídica, precisa que las normas, también las laborales, rigen a partir del día siguiente de su publicación en adelante.

Fondo Editorial PUCP

En efecto, el artículo 109 de la Constitución establece que «La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte». Por su parte, el segundo párrafo del artículo 103 de la propia Constitución señala que «Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo».

Como se aprecia, la norma constitucional establece como regla general la irretroactividad de las leyes y permite, como excepción, la retroactividad en un único supuesto: en materia penal, dejando de lado la retroactividad en materia laboral y tributaria, reconocidas junto con la penal por la Constitución de 1979.

El problema es qué entender por irretroactividad, sobre todo si al respecto se han esbozado dos teorías que se contraponen: la teoría de los derechos adquiridos y la teoría de los hechos cumplidos.

9.2.1 Teoría de los derechos adquiridos

Para esta teoría la regla es que una norma se aplica hacia el futuro a los nuevos actos y sus efectos que se produzcan en adelante, mientras que la excepción consistiría en aplicarla a los efectos no cumplidos de los actos ya celebrados. Por tanto, sería retroactiva la aplicación inmediata de la nueva norma a las situaciones existentes[5].

9.2.2 Teoría de los hechos cumplidos

Por su parte, la teoría de los hechos cumplidos parte de reconocer la aplicación inmediata de la nueva norma, lo que incluye a los efectos no cumplidos de los actos nacidos al amparo de la norma anterior, siendo la excepción, y en consecuencia retroactiva, la aplicación de la nueva norma a los efectos ya cumplidos de los actos anteriores, incluso a estos mismos (Neves 1989: 54).

El Tribunal Constitucional ha entendido que la norma constitucional recoge la teoría de los hechos cumplidos y esta postura[6] es, además, acorde a lo que ya había establecido el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, al haber optado claramente por dicha teoría.

Habría que preguntarse cómo se concilia la teoría de los hechos cumplidos con el principio de condición más beneficiosa al que nos hemos referido en el tema anterior de estos materiales. Este principio, como se ha visto, se aplica en el supuesto de sucesión, postulando la conservación de los mejores beneficios obtenidos al amparo de un

[5] Confróntese con lo expuesto por Neves (1989: 54).

[6] Que ha sido plasmada en las sentencias recaídas en los expedientes N° 007-96-I/TC y N° 008-96-I/TC, que fueron publicados con fecha 26 de abril de 1997 en el Diario Oficial *El Peruano*.

Fondo Editorial PUCP

evento anterior que pretende ser desconocido o empeorado por un evento posterior. En cualquier caso, hay que señalar que, según la doctrina mayoritaria, el principio en cuestión opera únicamente respecto de condiciones de origen contractual y no de condiciones de origen normativo, por lo cual, en estricto, no se aplicaría en la sucesión normativa.

Para terminar, habría que hacer una breve referencia a la retroactividad. Como se ha señalado, la Constitución actual ha descartado la retroactividad benigna en materia laboral. Sin embargo, en materia de convenios colectivos, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece, con carácter general, la retroactividad de los convenios colectivos, es decir, no rigen desde la fecha de su suscripción, sino desde el día de la presentación del pliego de reclamos, si se trata de la primera negociación, o desde la fecha de caducidad del convenio anterior, si el convenio se presentó oportunamente. Si el pliego se presentó extemporáneamente, la vigencia del convenio se posterga en la misma medida del retraso.

9.3 Jurisprudencia seleccionada

- STC del 03 de junio de 2005, recaída en el expediente N° 0050-2004-AI/TC, que establece que aplica la teoría de los derechos adquiridos a una controversia sobre materia pensionaria.
- STC del 29 de octubre de 2005, recaída en el expediente N° 0045-2004-PI/TC, que establece que la aplicación ultractiva de una norma que ya no esté vigente debe hacerse previa evaluación de su constitucionalidad.
- Sentencia del 12 de mayo de 2003, recaída en la Casación N° 002-1998, que se adhiere a la jurisprudencia constitucional en lo que respecta al respeto irrestricto de los derechos adquiridos en materia pensionaria, ya que son estos derechos los que han entrado el dominio de las personas, y de los cuales ya no pueden privárselas incluso si la norma bajo la cual nació el derecho ya esté derogada cuando empiece a surtir efectos.
- Sentencia del 6 de octubre de 1999, recaída en la Casación N° 803-98-LIMA, que reconoce la inmunidad de jurisdicción de un organismo internacional que fue demandado, en virtud de un acuerdo internacional.
- Sentencia del 09 de setiembre de 2003, recaída en la Casación N° 491-2002-LAMBAYEQUE, que aplica la teoría de los derechos adquiridos para considerar que se mantenían las disposiciones del régimen de despido en la actividad privada a unos trabajadores que habían sido trasladados al régimen público por norma estatal.

Fondo Editorial PUCP

9.4 Bibliografía citada

Cornejo Vargas, Carlos (1999). Vigencia de las normas laborales en el espacio. Una propuesta metodológica para la solución de los conflictos de leyes en el ordenamiento laboral. *Ius et veritas*, n° 19.

Delgado Barreto, César; María Antonieta Delgado Menéndez y César Candela Sánchez (2007). *Introducción al derecho internacional privado*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ermida Uriarte, Óscar (1981). *Empresas Multinacionales y Derecho Labora*l. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández.

Neves Mujica, Javier (1989). Fuentes y principios laborales en la Constitución. En *Trabajo y Constitución*. Lima: Cultural Cuzco S. A. Editores.

Neves Mujica, Javier (2009). *Introducción al Derecho del Trabajo.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rubio Correa, Marcial (2007). *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

Lecciones de derecho del trabajo tiene el propósito de servir como un manual para el curso de Derecho Laboral General, por lo que su uso permitirá que los estudiantes de Derecho estén en capacidad de manejar las bases teórico-conceptuales de esta rama del Derecho y que valoren la importancia que tienen las mismas en el campo de las relaciones laborales.

Este libro resultó ganador del Primer Concurso de Textos Universitarios PUCP.

Los temas que comprende este texto son:

1. Surgimiento y evolución del derecho del trabajo
2. Ámbito de aplicación del derecho del trabajo
3. El sujeto laboral individual y colectivo
4. Fuentes del derecho del trabajo
5. Relaciones entre normas y actuación de los principios del derecho del trabajo
6. Vigencia de las fuentes de la relación laboral en el tiempo y en el espacio

Guillermo Boza Pro es doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, director de estudios de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, así como profesor principal y coordinador del programa de la segunda especialidad y de la Maestría en Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social de dicha casa de estudios.

Es árbitro y conciliador extrajudicial del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, además de árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Empresas Prestadoras de Servicios de Salud (SEPS).

ISBN: 978-9972-42-955-2

9 789972 429552