



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

**EL DERECHO A LOS PERMISOS
LABORALES: EL PROGRESO EN EL
RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA
DEL TRABAJADOR: Comentario a la
STC Exp. N° 02168-2008-PA/TC***

Luz Pacheco-Zerga

Lima, febrero de 2010

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Pacheco, L. (2010). El derecho a los permisos laborales: el progreso en el respeto a la dignidad humana del trabajador: Comentario a la STC Exp. N° 02168-2008-PA/TC. *Gaceta constitucional*, (26), 211-220.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

La sentencia del Tribunal Constitucional (TC) recaída en el Exp. N° 02168-2008-PA/TC reinterpreta y de algún modo define, a la luz de los mandatos constitucionales, la naturaleza jurídica de los permisos laborales y los límites del poder de dirección. No se había reconocido hasta la fecha en nuestro medio jurídico, el derecho del trabajador a solicitar permisos no previstos legalmente, y el consiguiente deber del empleador de concederlos cuando existen motivos justificados. Una vez más la doctrina del TC abre el camino para que, en la práctica, el trabajador no sea considerado como un ciudadano de segunda categoría y para que se delimite mejor el alcance del poder de dirección, teniendo en cuenta el respeto debido a la dignidad del trabajador. La doctrina constitucional permite ahora a los laboristas, así como a los empleadores y trabajadores, ampliar el horizonte obligacional en el mundo del trabajo, a fin de que se cumpla con el mandato del artículo 23 de la Constitución: “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

De modo similar a lo ocurrido con la sentencia recaída en el Exp. N° 01560-2008-PA/TC, el TC insiste en esta oportunidad en que la interpretación de las normas debe acomodarse no a criterios subjetivos –y menos a intereses de productividad o competitividad– sino a los criterios objetivos recogidos en la Constitución¹, en el que la defensa de la dignidad humana constituye el eje central. En consecuencia, es en el marco de los derechos fundamentales del trabajador que se debe analizar la potestad del empleador para otorgar o negar un permiso teniendo en cuenta que el deber de obrar de buena fe modula las obligaciones de ambas partes del contrato de trabajo.

Es tal la fuerza que la doctrina jurídica reconoce al principio de la buena fe laboral, que se ha llegado a defender que habría que reconducir los conflictos sobre el poder de dirección del empresario respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores, hacia el deber de buena fe, que obliga al empresario, “incluso más allá

¹ Cfr. f. j. 6. En este expediente el TC declaró que los jueces no están obligados a ceñir sus fallos a la interpretación auténtica que realicen los legisladores, porque se vulneraría tanto el principio de separación de poderes, “establecido en el artículo 43 de la Constitución, como de los principios de independencia e imparcialidad en la función jurisdiccional, consagrados en el artículo 139, inciso 2 de la Constitución, en tanto se estaría subordinando el criterio de los jueces en el marco de la resolución de los conflictos sometidos a su conocimiento al criterio de los legisladores”.



de lo constitucionalmente exigible”². Esta frase puede entenderse desde dos perspectivas: la primera, en cuanto que la Constitución fija los mínimos jurídicos y, la segunda, en cuanto que contiene los valores y principios en los que se fundamenta el pacto social. Por consiguiente, ese “más allá” exigible lo será en la medida en que sea consecuente con los valores consagrados en la Constitución y con el principio de respeto a la dignidad humana, que es el fundamento de todos los derechos de la persona³. Y nos referimos tanto a la dignidad del trabajador como a la del empresario: siendo igual la dignidad, es también idéntica la obligación de actuar de buena fe. No existe argumento suficiente que reduzca esta cuestión a una meramente cuantitativa, en la que un contratante tiene más obligación que el otro⁴.

Fundamentar la vida social en la dignidad humana equivale, en el ámbito laboral, a delimitar el contenido esencial de los derechos fundamentales desde el deber de buena fe. Este deber reconoce que la persona, por ser racional y libre, es responsable de sus actos y en la medida en que adquiere obligaciones, se encuentra obligada a cumplirlas con veracidad y lealtad⁵. La cuádruple función que cumple la dignidad humana en el Ordenamiento, se identifica con la que realiza, en el ámbito obligacional, el principio de buena fe, a saber: fundamentar el orden jurídico, orientar su interpretación, servir como base a la labor integradora en caso de lagunas o para determinar una norma de conducta y, eventualmente, establecer los límites

² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. “Buena fe y ejercicio de poderes empresariales”. En: Relaciones Laborales II. 2003, p. 45.

³ Sobre la fuerza jurídica de los principios y valores superiores del Ordenamiento, ver el estudio jurisprudencial realizado por OLLERO, Andrés. Discriminación por razón de sexo: valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

⁴ “El hecho de que los nuevos rumbos del Derecho del Trabajo actúen en muchos casos atenuando la fuerte protección legal (más que directamente empresarial) deparada a los trabajadores con anterioridad, no puede ser interpretado ni como indicativo de una reducción del clásico deber de protección del empresario –incrementado, por cierto, de modo impresionante en materias como la prevención de riesgos laborales– ni como justificativo del descenso en el nivel de la buena fe exigible en todo caso a los trabajadores”. MONTOYA MELGAR, Alfredo. La buena fe en el Derecho del Trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como académico de número. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, pp. 44-45.

⁵ “El problema moral de la buena fe (valoración del *internus animus*) a través de las declaraciones del agente, se resuelve en un problema jurídico (valoración del *internus animus ab extra*) inspirando soluciones que hacen asumir al principio ideal de la buena fe, el carácter de una particular aplicación del más general *alterum non laedere* al que se halla indiscutiblemente ligado, ofreciéndose con significados y aspectos diversos, que varían de una a otras aplicaciones y de unos a otros ordenamientos”. DE LOS MOZOS, José Luis. El principio de la buena fe. Bosch, Barcelona, 1965, p. 25.

en ciertas formas de ejercicio de los derechos fundamentales⁶. Por ende, permite completar el contenido del negocio más allá de las concretas previsiones de las partes, haciendo una interpretación teleológica de la norma que lo regula⁷.

En definitiva, para delimitar cómo puede ejercitar el empresario su potestad de negar un permiso solicitado por el trabajador, debemos tener en cuenta cómo afecta el ejercicio de sus derechos fundamentales. La vulneración se producirá cuando el empresario abuse de su posición de dominio y niegue el permiso arbitrariamente, configurándose así un abuso del derecho prohibido por la Constitución (artículo 103, segundo párrafo). Insistimos, pues, en que para defender adecuadamente la dignidad humana es necesario interpretar unitaria y teleológicamente el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta tanto las disposiciones del texto constitucional como las de inferior jerarquía. Analizaremos estas cuestiones en los siguientes apartados.

I. HECHOS MATERIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO

La demanda fue presentada por la secretaria del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados, el 21 de marzo de 2007, luego que fuera despedida según su empleador, por haber faltado al trabajo por más de tres días consecutivos sin justificación alguna y sin contar con la autorización de la Jefatura de la Oficina de Recursos Humanos. La trabajadora, por su parte, alegó que el despido era fraudulento porque había solicitado el correspondiente permiso con antelación suficiente y porque empleó los días de permiso para preparar y rendir su examen de titulación como abogada en la Universidad Garcilaso de la Vega.

De acuerdo a los hechos probados, el 25 de octubre de 2006 la demandante solicitó por escrito a su jefe inmediato –el presidente del Tribunal Arbitral– que se le concediera permiso para ausentarse del trabajo los días jueves 4, viernes 5 y lunes 8 de enero de 2007 “conforme al programa concordado de estudios para la sustentación de mi título de abogado”⁸, ya que le correspondía “sustentar su examen oral para optar el título de abogado en la modalidad de expedientes judiciales y administrativos”, el día 9 de enero de 2006, conforme lo acredita la constancia

⁶ Cfr. PACHECO ZERGA, Luz. La dignidad humana en el Derecho del Trabajo. Civitas, Madrid, 2007, pp. 29-30.

⁷ En sentido similar se pronuncia AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. Las causas de despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 34-35 y la bibliografía citada a pie de página.

⁸ F. j. 8.



emitida por el Jefe de la Oficina de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega⁹.

En el juicio se demostró que fue autorizada, también por escrito, por su jefe inmediato para hacer uso del permiso solicitado, a lo que se añade la declaración jurada del representante de la entidad demandada que reafirma la coordinación oportuna del permiso de ausencia de la demandante¹⁰.

En relación a la autorización del jefe de Recursos Humanos consta en el expediente que la recurrente dirigió una carta con fecha 3 de enero de 2007 en la que solicitaba a esa jefatura que los días de permiso le fueran compensados con las horas trabajadas en exceso¹¹. El voto en discordia de la sentencia señala que la comunicación al jefe de personal fue presentada “el día previo al que sería aplicado [el permiso] y fuera del horario de trabajo”¹². Asimismo, comenta que la costumbre laboral de compensación de horas fue desvirtuada por el Colegio de Abogados¹³. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que la solicitud de la trabajadora evidencia que laboró horas extras que no le fueron remuneradas, lo cual constituye un incumplimiento legal de parte del empleador, y también que el permiso fue concedido sin goce de haber, ya que en caso contrario no hubiera solicitado ese trato compensatorio.

El TC tuvo en cuenta que el artículo 61 del Reglamento Interno de Trabajo establecía que: “El otorgamiento de permisos y/o licencias es facultad del Colegio, su autorización estará sujeta a las necesidades propias de trabajo y a las limitaciones que se hayan establecido al respecto; los permisos podrán ser concedidos a criterio del jefe de cada área y refrendados por el director correspondiente”¹⁴. Y, al haber sido acreditado que la trabajadora cumplió con solicitar el permiso oportunamente a su jefe inmediato y que fue empleado adecuadamente, el empleador no puede alegar que la ausencia era injustificada o que era indispensable la autorización del jefe de personal. Concluye la sentencia que los permisos “no son dádivas ni obsequios que realiza el empleador al trabajador sino que constituyen derechos establecidos en la ley para ser ejercitados por los trabajadores con el cumplimiento de las formalidades pertinentes”¹⁵.

⁹ F. j. 11

¹⁰ F. j. 9.

¹¹ Cfr. f. j. 7 del voto dirimente del magistrado Calle Hayen.

¹² F. j. 12 del voto particular del magistrado Mesía Ramírez.

¹³ Cfr. Ídem.

¹⁴ F. j. 3 del voto dirimente del magistrado Calle Hayen.

¹⁵ F. j. 12.

A criterio del Tribunal el despido fue fraudulento al no existir la causa invocada y, por la misma razón, era equiparable a uno incausado. Por eso, ordenó la reposición de la trabajadora en el puesto que había desempeñado o en otro de similar jerarquía al haber sido vulnerado su derecho al trabajo. El TC utilizó, en apoyo de esta interpretación, los artículos 4¹⁶ y 9.2 a)¹⁷ del Convenio 158 de la OIT, aun cuando no haya sido ratificado por el Perú, porque esas disposiciones contribuían a la mejor solución del caso¹⁸.

II. LOS PERMISOS DEL TRABAJADOR EN LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL ANALIZADOS A LA LUZ DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) es una norma insuficiente para regular la relación jurídica de trabajo subordinado: la experiencia de más de quince años de vigencia así lo demuestra. Sus disposiciones se ordenan fundamentalmente a fortalecer el poder de dirección del empleador y a señalar las causas de suspensión y extinción del contrato, con especial referencia al régimen del despido.

Como hemos expresado en otras oportunidades, urge tener un texto que consolide los derechos del trabajador para evitar que la subordinación tenga visos de una servidumbre incompatible con la dignidad humana. Resulta penoso que hasta la fecha no se promulgue una norma que regule integralmente la relación jurídico-laboral. De allí que la doctrina jurídica de esta sentencia del Tribunal Constitucional deba inspirar la hermenéutica de los operadores del Derecho para superar las deficiencias de la normativa legal.

El laconismo de la LPCL en materia de permisos se colige de la lectura de los únicos dos preceptos que se refieren a este instituto, recogidos en el artículo 12, que

¹⁶ “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

¹⁷ 2. A fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio deberán prever una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas: a) incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, tal como ha sido definida en el artículo 4 del presente Convenio”.

¹⁸ La sentencia silencia los motivos que la llevan a utilizar estas disposiciones como criterio hermenéutico, reservamos para una próxima oportunidad comentar la oportunidad de la remisión a este Convenio no ratificado.



establece las causas de suspensión del contrato de trabajo. Escuetamente se afirma que son considerados causa suficiente de suspensión del contrato de trabajo el permiso que se solicita para poder desempeñar cargos sindicales (inciso d) y el que, sin tener una finalidad prefijada por ley, es concedido por el empleador (inciso k)¹⁹. No se especifica si el permiso implica la suspensión perfecta o la imperfecta del contrato²⁰, ni el trámite que debe seguirse para su obtención. El último párrafo de este artículo señala que “la suspensión del contrato de trabajo se regula por las normas que corresponden a cada causa y por lo dispuesto en la ley”. En consecuencia, para conocer los alcances de los permisos sindicales es necesario remitirse a lo dispuesto en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) y en su Reglamento²¹; en cambio, para los permisos propios de la relación individual de trabajo, no existe normativa alguna. De allí que, hasta la fecha, la concesión de permisos y licencias remunerados haya dependido de la sola voluntad del empleador. Analizaremos cada supuesto por separado.

1. El permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales

La LPCL hace referencia a “permiso” y “licencia”, lo cual permitiría deducir que se trata de dos figuras distintas²², pero al remitirnos a las disposiciones pertinentes de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) y a su Reglamento²³, encontramos que, en el ámbito de los derechos colectivos, en particular en el de la libertad sindical, estos conceptos se definen como sinónimos²⁴. Asimismo, se establece que corresponde a la convención colectiva fijar, en principio,

¹⁹ Artículo 12.- Son causas de suspensión del contrato de trabajo: (...)

f) El permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales;

k) El permiso o licencia concedidos por el empleador;

La suspensión del contrato de trabajo se regula por las normas que corresponden a cada causa y por lo dispuesto en esta Ley.

²⁰ De acuerdo al artículo 11 de la LPCL la suspensión puede ser perfecta (cesan temporalmente las mutuas obligaciones) o imperfecta (cuando el empleador debe abonar la remuneración sin la contraprestación efectiva del trabajador).

²¹ Cfr. artículo 32 del Texto Único Ordenado de la Ley (D.S. N° 010-2003-TR) y el artículos 15 a 20 del Reglamento (D.S. N° 011-92-TR).

²² Cfr. artículo 12, k).

²³ Cfr. artículo 32 del Texto Único Ordenado de la Ley (D.S. N° 010-2003-TR) y el artículos 15 a 20 del Reglamento (D.S. N° 011- 92-TR).

²⁴ Cfr. artículo 15 del Reglamento. Lo cual entraña una distorsión porque el vocablo “y” es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua como “conj. copulat. U. para unir palabras o cláusulas en concepto afirmativo”. Por tanto, esta equiparación empobrece el lenguaje jurídico: hubiera sido preferible afirmar que los beneficios en ambos casos son iguales, pero no el que los términos sean sinónimos.

sus alcances pero que en todo caso lo pactado debe ordenarse a facilitar a los dirigentes sindicales el cumplimiento de sus obligaciones. Se entiende que estos permisos son remunerados y que cuando se exceden los límites establecidos en el convenio o, a falta de este, en la LRCT, dejan de serlo. La LRCT fija los límites mínimos de los permisos, puesto que se sobreentiende que son más amplios cuando existe una convención colectiva²⁵.

Analizar con detalle estos permisos nos desviaría de la materia de la sentencia que estamos comentando, por lo que postergamos su estudio para una próxima oportunidad.

2. El permiso o licencia concedidos por el empleador

La redacción de este lacónico inciso deja en evidencia que corresponderá al empleador decidir si otorga o no un permiso cuya causa no se encuentre tipificada legalmente, así como reconocer o no el derecho retributivo del trabajador.

Los conceptos de permiso y de licencia en el Perú son similares a los que existen en el Derecho español y fueron recibidos por el Derecho Administrativo, al regular los derechos de los servidores públicos hace más de cuatro décadas²⁶. Actualmente, el D. Leg. N° 276, también conocido como la “Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del Sector Público”, tipifica tanto los permisos como las licencias, a las que pueden acceder los servidores y funcionarios públicos “por causa justificada o motivos personales, en la forma que determine el Reglamento”²⁷. En consecuencia, en nuestro Ordenamiento se reconoce que un permiso es procedente si el motivo personal es suficiente, aunque no se trate de una causa tipificada legalmente.

2.1. Los permisos

La definición contenida en el Reglamento de la Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del Sector Público, es la empleada comúnmente en el ámbito laboral. En esa norma los permisos aparecen como una autorización otorgada por la “autoridad respectiva para ausentarse por horas del centro laboral durante la jornada de trabajo” en casos “excepcionales debidamente

²⁵ Un convenio colectivo que se limitara a recoger los beneficios legales sería un convenio “mudo”, que vaciaría de contenido el derecho a la negociación colectiva.

²⁶ Para un estudio de los orígenes y evolución de la contratación de los servidores públicos en el Perú, ver VELÁSQUEZ TELLO, Martha Cecilia. Los contratos de servicios no personales. Tesis para optar el grado de abogada. Universidad de Piura, 2001, pp. 29-40.

²⁷ D.S. N° 005-90-PCM, artículo 24, e.



fundamentados”²⁸. Podemos afirmar, en consecuencia, que se trata de una cesación ocasional de la prestación de trabajo debida a circunstancias, por lo general, imprevistas e imperiosas que exigen al trabajador incumplir con la prestación laboral al ser ineludible su presencia en otro lugar para cumplir con un deber más grave que el laboral, y que puede ser de tipo personal, familiar o social.

En el Derecho español la naturaleza jurídica del permiso es la de interrupción del contrato de trabajo y se diferencia de la suspensión. La primera afecta únicamente a la prestación del trabajador, pero mantiene el deber retributivo del empresario; en cambio, la segunda permite la cesación de ambas prestaciones sin que se extinga el vínculo jurídico²⁹. En nuestro país no existe la figura de la interrupción sino únicamente la de suspensión, que a su vez puede ser perfecta (cuando no hay deber de trabajar ni de pagar la remuneración) e imperfecta (cuando aunque no se trabaje, se mantiene el derecho a la retribución). Salvada esta distinción terminológica, en ambos países la naturaleza jurídica es similar y tiende al mismo fin: impedir que el empresario pueda resolver el contrato de trabajo al cesar la prestación de trabajo³⁰ e, inclusive, la de mantener la obligación retributiva en algunos casos determinados³¹. De este modo, el trabajador puede “llevar a cabo en óptimas condiciones la realización de determinadas actuaciones que de no ser así difícilmente podría cumplir al entrar en colisión el deber –legal o moral– que las interrupciones suponen”³², con los deberes laborales.

Teniendo en cuenta la falta de desarrollo normativo sobre el derecho a los permisos en nuestro país, reproduzco a continuación el texto del artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores de España porque nos permitirá apreciar cómo es

²⁸ Artículo 106.

²⁹ Cfr. por todos, MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. Tecnos, Madrid, 2008. pp. 434 y 435. Son interrupciones ordinarias del contrato de trabajo las derivadas de la exigencia legal de un descanso diario, semanal o anual y otras más extraordinarias, que se encuentran tipificadas en los artículos 45 a 48 del Estatuto de los Trabajadores.

³⁰ las prestaciones son recíprocas, estas deben cumplirse simultáneamente y cada parte tiene el derecho de suspender el cumplimiento de la que se encuentre a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento (artículo 1426). Más aún, en caso de incumplimiento, la parte afectada puede, previo requerimiento notarial, solicitar la resolución de pleno derecho del contrato (artículo 1429).

³¹ En este sentido se pronuncia la doctrina española: “En el fondo (...) se encuentra el deseo del legislador de que las vicisitudes de escasa importancia que impidan momentáneamente al trabajador la realización de su trabajo sean insuficientes, no ya para extinguir la relación contractual (...) sino ni siquiera para hacer que el trabajador pierda su derecho retributivo”. MONTOYA MELGAR. Derecho del Trabajo. Ob. cit., p. 443.

³² RAYÓN SUÁREZ, Enrique. Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral. Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975, p. 45

posible compaginar el desarrollo económico de un país con la protección social necesaria a los trabajadores para que el trabajo sea realmente “decente” o adecuado a las exigencias de la dignidad humana:

El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

- a) Quince días naturales en caso de matrimonio.
- b) Dos días en los casos de nacimiento de hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando, con tal motivo, el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.
- c) Un día por traslado del domicilio habitual.
- d) Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un periodo determinado. Se estará a lo que esta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica.

La exigencia de “previo aviso” es una consecuencia del principio de buena fe y de la necesidad de que la empresa pueda reorganizar su proceso productivo para mantener la productividad. Por consiguiente, se debe llevar a cabo una interpretación razonable y circunstancial pues no puede exigirse igual preaviso cuando la causa del permiso es el matrimonio que la muerte súbita de un familiar. El medio para dar el aviso será válido atendiendo a las circunstancias del caso y ponderándolas de buena fe. Sin embargo, la omisión de esta exigencia, aun cuando se demuestre la causa sustantiva que legitima el disfrute del permiso, convierte las ausencias en técnicamente injustificadas y, por tanto, en pasibles de medidas disciplinarias³³.

Observamos, pues, que el permiso es un instituto que en principio debería ser remunerado, salvo que exista un motivo justificado razonable. No obstante, en nuestro medio son escasos los empleadores que otorgan permisos remunerados a sus trabajadores por motivos personales no tipificados legalmente. La legislación laboral, a diferencia de lo que ocurre en el régimen público, no contempla el

³³ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo et ál. Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Sexta edición rev. y puesta al día. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 252 y la jurisprudencia allí citada.



otorgamiento de permisos o licencias por motivos de atención a parientes o familiares en estado de necesidad, ni por fallecimiento de familiares próximos, matrimonio, etc. Esta omisión constituye una clara discriminación contraria a los artículos 2.2 y 26.1 de la Constitución porque instituye un régimen con menores derechos en un ámbito directamente relacionado con la dignidad humana, sin que exista motivo alguno³⁴. Se requiere superar la mentalidad neoliberal que considera al trabajador como simple fuerza productiva al servicio de la rentabilidad del negocio. Si bien es cierto, una empresa no es una institución de beneficencia y tiene que cumplir la función social que le corresponde, que es la de crear riqueza, esto no es óbice, al contrario, para que descuide su misión, en cuanto organización humana: la de propiciar el desarrollo humano, satisfaciendo las necesidades de sus trabajadores y clientes³⁵. El reduccionismo economicista pervierte la dignidad humana al reducirla a lo que el dinero puede otorgar, cuando en realidad la persona vale por lo que es y no por lo que tiene³⁶.

El neoliberalismo imperante ha logrado que gran parte de la población acepte como una realidad incuestionable que la persona debe estar al servicio de la productividad y competitividad. En otras palabras, sin que exista una declaración expresa ni formal, esta política pública y privada trastoca el orden de valores que identifican a la nación peruana y que se recoge sucintamente en el primer artículo de la Constitución: la economía tiene que estar al servicio de la dignidad humana y no está al servicio de aquella. La imposición de las reglas del mercado, como rectoras

³⁴ Huelga decir que esta arbitrariedad es aún mayor en el régimen de los contratos administrativos de servicios porque el Estado se ha irrogado la facultad de conceder menores derechos a un importante sector de sus trabajadores sin establecer plazos para su paulatina nivelación con el resto de los servidores públicos (Cfr. D. Leg. N° 1057, artículo 3).

³⁵ Las necesidades humanas son materiales, cognoscitivas y afectivas. Cuando el empresario toma conciencia de su misión, asegura la atractividad de su organización, así como su eficacia y eficiencia, lo cual redundará en una mayor rentabilidad y consistencia a mediano y largo plazo. Un análisis exhaustivo de estas cuestiones puede encontrarse en, FERREIRO, Pablo y ALCÁZAR, Manuel. Gobierno de personas en la empresa. Ariel, Madrid, 2002, pp. 20-109.

³⁶ Afirmar lo contrario nos llevaría a una sociedad cínica e insolidaria que puede hacer suyo el dicho de Marx: “Lo que me puedo apropiarse por medio del dinero, lo que puedo pagar, eso soy yo mismo. Mi poder no tiene otros límites que los de mi dinero”. MARX, Karl. “Manuscritos de 1844”. En: Ouvres. Tomo 11, p. 115 (Éd. Sociales, París, 1962, p. 121). Citado por GRIMALDI, Nicolás. “El trabajo: comunión y excomunicación”. En: Astrolabio. N° 283, EUNSA, Pamplona, 2000, p. 221.

del gobierno de las organizaciones, trae como consecuencia que el trabajador no pueda atender debidamente sus deberes familiares³⁷.

Analizaremos a continuación los dos supuestos que pueden presentarse en el caso de los permisos: cuando la solicitud es admitida y cuando no lo es.

En caso de que el empleador autorice un permiso, pero luego lo desconozca e imponga una sanción disciplinaria, la mala fe y el abuso del derecho serían evidentes y el trabajador tendría fundamentos suficientes para exigir la readmisión e inclusive, de ser el caso, el pago de la remuneración descontada.

Si el empresario niega el permiso, por motivos de productividad, conviene tener presente que los permisos pueden ser “modulados solo en los casos en los que por necesidades propias del servicio este no pueda ser reemplazado por otro en sus labores en razón de servicios de naturaleza personalísima”, lo cual no puede alegarse, por ejemplo, en el caso de una secretaria³⁸. El Tribunal ha ponderado adecuadamente que el poder de dirección y la consecuente subordinación funcional no pueden amparar el abuso del derecho porque los “lineamientos constitucionales que forman parte de la gama de los derechos fundamentales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos”³⁹.

Esta doctrina fue expresada, con otras palabras, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0895- 2001-AA/TC-Lambayeque, que reconoció el derecho a la objeción de conciencia a un médico adventista que se negó a acatar la orden de trabajar los días sábados, porque cuando celebró el contrato de trabajo comunicó su determinación de no trabajar esos días porque se lo impedía su fe religiosa⁴⁰. En esa ocasión el TC dejó sentado que el pluralismo democrático

³⁷ Consideramos prioritario que el Estado cumpla con regular los permisos del trabajador, en particular los necesarios para conciliar adecuadamente la vida familiar con la profesional, teniendo en cuenta no solo las disposiciones laborales sino también las conexas de seguridad social. Para un mayor desarrollo de esta cuestión remito a lo expresado en PACHECO ZERGA, Luz. “El permiso parental: un derecho pendiente en el Perú”. En: Revista de Derecho. N° 3, Universidad de Piura, 2002; PACHECO ZERGA, Luz. “El despido discriminatorio de una mujer embarazada. La ruta hacia la igualdad de oportunidades”. En: Gaceta Constitucional. N° 22, 2009.

³⁸ Cfr. f. j. 12.

³⁹ F. j. 7 del voto dirimente del magistrado Calle Hayen.

⁴⁰ Decisión del 19 de agosto de 2002, en la que se resuelve la acción de amparo presentada por el médico Lucio Valentín Rosado Adanaqué contra el Seguro Social de Salud - EsSalud, Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo. El recurrente solicitó que no le obligasen a trabajar los sábados, por vulnerar sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión, y a no ser discriminado por motivo de religión, ya que pertenecía



exige el respeto a la autodeterminación de las personas, pero preservando el bien común, que en ese caso era la debida atención de la salud de la población. Al no existir en el Perú una norma de nivel infraconstitucional que determinase los alcances del ejercicio de la libertad de conciencia, el Tribunal optó por reservar a la sede judicial la calificación de la legitimidad del ejercicio de este derecho. En consecuencia, la objeción de conciencia no garantiza ipso facto la abstención del cumplimiento de un deber: su licitud debe ser declarada expresamente, previa comprobación fehaciente de la causa alegada. En ese caso, la demandada no probó que fuera indispensable el trabajo de ese médico para atender los requerimientos de la población. Por tanto, la negativa constituía un abuso del derecho de parte de la empleadora⁴¹.

Podemos aplicar esta doctrina al caso de los permisos solicitados para atender un deber inherente a la dignidad humana, que comporta un derecho constitucionalmente protegible. En estos casos si bien el trabajador no puede arrogarse un “autopermisos”, que desconozca el poder de dirección, el empresario no puede negar el permiso arbitrariamente. Para que no se configure el “autopermisos”, el trabajador deberá solicitar la autorización observando las formalidades exigidas en el centro de trabajo. Sin embargo, opinamos, tal como lo hace la doctrina española, que para hacer uso del permiso el trabajador no tiene que esperar la sentencia judicial, porque en ese caso “carecería de finalidad por extemporánea”⁴².

En consecuencia, si un trabajador es sancionado disciplinariamente por hacer uso de un permiso que había solicitado en las instancias previstas en la empresa, pero que le es negado arbitrariamente, puede ausentarse del trabajo y conservar, a la vez, el derecho de permanencia en el puesto de trabajo. Si el empresario le negase este derecho podrá acudir a la vía judicial para que se pronuncie sobre la existencia de la causa invocada y la licitud de su conducta. En estos casos se deberá evaluar el cumplimiento de las mutuas obligaciones, a la luz del deber de buena fe, que –como

a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, uno de cuyos preceptos obliga a la observancia del día sábado como día dedicado al culto.

⁴¹ Para un comentario más amplio de esta sentencia remito a lo expresado en PACHECO ZERGA, Luz. “La objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional”. En: Análisis Laboral. N° 316, 2003. El comentario a esta sentencia fue publicado también por la Academia de la Magistratura, cfr. <http://www.amag.edu.pe/web/html/servicios/archivos_publicaciones/contenidos/contenido48/77-86.pdf>.

⁴² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 20 julio de 1992 (Colex, ref. 1089/VII/1992), a propósito de la ausencia del trabajador motivada en la muerte de su abuela. Sobre este punto son útiles las reflexiones de SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. Los permisos retribuidos del trabajador. Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 37-47.

se ha expresado en anteriores oportunidades⁴³– es un principio rector del cumplimiento de los contratos, que tiene “una presencia cualificada en el contrato de trabajo”⁴⁴ por el alto grado de implicación personal que exige su ejecución y porque, al ser de tracto sucesivo, la relación jurídica entre las partes se puede prolongar durante muchos años⁴⁵.

2.2. Las licencias

El vocablo “licencia” tiene en el ámbito del Derecho Individual de Trabajo una connotación distinta a la del permiso, de acuerdo a la terminología mayoritaria en el país, heredera de las normas del D. Leg. N° 276, según las cuales es una “autorización para no asistir al centro de trabajo uno o más días”⁴⁶. Por consiguiente, la diferencia no es en cuanto a la naturaleza jurídica sino a la duración o extensión de la autorización de ausencia concedida.

En el Sector Público sujeto al régimen del D. Leg. N° 276 se puede gozar de licencia sin perder la retribución en los casos siguientes: por enfermedad, gravidez, fallecimiento del cónyuge, padres, hijos o hermanos, capacitación oficializada y por citación expresa: judicial, militar o policial. La licencia podrá ser sin remuneración cuando se solicite por motivos particulares y por capacitación no oficializada. Finalmente, es posible que se otorgue licencia a cuenta del periodo vacacional, por tanto, sin perder el derecho a la retribución⁴⁷. En todos estos casos el uso del derecho de licencia se inicia a petición de parte y está condicionado a la conformidad institucional⁴⁸.

Insistimos en que en el Sector Privado queda a criterio del empleador determinar si el permiso o la licencia serán retribuidos. Sin embargo, no podrá abusar de su posición de dominio en la relación laboral, sino –más bien– tendrá que delimitar su poder de dirección sobre la base del deber de buena fe porque los permisos

⁴³ El deber de actuar de buena fe constituye el núcleo duro del respeto a la dignidad humana en el ámbito jurídico y, en particular, en el laboral. Puede ser útil a este respecto ver PACHECO ZERGA. La dignidad humana en el Derecho del Trabajo. Ob. cit., pp. 49-71.

⁴⁴ Además de vincular de modo típico al empresario y a los trabajadores, extiende su acción sobre relaciones en que intervienen otros sujetos, como son los sindicatos, las organizaciones empresariales, las administraciones laborales, etc. Cfr. MONTROYA MELGAR. La buena fe en el Derecho del Trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como académico de número. Ob. cit., p. 14 y ss.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁶ D.S. N° 005-90-PCM, artículo 109.

⁴⁷ Cfr. D.S. N° 005-90-PCM, artículo 111.

⁴⁸ *Ibidem*, 110



no son dádivas sino derechos del trabajador. Sigue pendiente en la agenda del Gobierno desaparecer estas discriminaciones contrarias a los valores constitucionales. Por otro lado, no puede perderse de vista que los permisos, si bien pueden fundamentarse en exigencias de la naturaleza humana y de la condición social de la persona, constituyen a la vez una excepción al desarrollo previsto y pactado en el contrato de trabajo, que es de carácter sinalagmático, en el que la obligación de trabajar es proporcional al deber de remunerar los servicios.

CONCLUSIÓN

Mientras que el Poder Legislativo no cumpla con regular los derechos de los trabajadores en general, y el de los permisos y licencias en particular, los operadores del Derecho podemos encontrar en la sentencia recaída en el Exp. N° 02168-2008-PA/TC, una vía para defender la permanencia en el puesto de un trabajador que se ausente para cumplir con alguno de los derechos- deberes que derivan directamente de la dignidad humana.

Si bien es cierto la acción de amparo que hemos comentado, fue presentada por vulneración del derecho al trabajo, pensamos que la conducta del empresario vulneró además el respeto debido a la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1), así como el de educación –que se colige del deber del Estado de propiciar el acceso a la cultura (artículo 2, inciso 8)– y, en particular, el de la educación universitaria (artículo 18).

Si el empresario se hubiera negado a conceder un permiso solicitado para atender obligaciones familiares graves, entonces habría que evaluar si se vulneran otros derechos fundamentales, como son la protección de la salud y de la familia (ver, entre otros, el artículo 2, incisos 1 y 22, y artículos 4 y 7 de la Constitución). Consideramos que sería un gran paso para lograr una mejor protección social, declarar que cuando el permiso o la licencia se originen en la necesidad de conciliar la vida familiar con la profesional, el trabajador no perderá el derecho retributivo siempre y cuando su conducta se encuadre dentro de los márgenes de la proporcionalidad y de la buena fe.