



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS REGÍMENES LABORALES ESPECIALES

Luz Pacheco-Zerga

Cusco, octubre de 2010

FACULTAD DE DERECHO

Pacheco, L. (octubre, 2010). La legitimidad constitucional de los regímenes laborales especiales. En Sociedad Peruana de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social (Eds.), trabajo presentado en el *IV Congreso Nacional de la SPDTSS: retos del derecho del trabajo peruano: nuevo proceso laboral, regímenes especiales y Seguridad y Salud en el trabajo* (pp. 803-816). Cusco: SPDTSS.



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

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

La legitimidad constitucional de los regímenes laborales especiales¹

El Derecho del Trabajo se ha desarrollado, desde sus orígenes, en una doble perspectiva: la del régimen común que pone bajo su ámbito a la gran mayoría de trabajadores que laboran en forma personal, remunerada y subordinada; y, la de los regímenes especiales, que regula en forma distinta los derechos laborales de los trabajadores que realizan su labor en circunstancias particulares, ya sea por sus condiciones personales o por las de la ocupación o las de la empresa.

Esta variedad de regímenes exige analizar si esa diversidad es compatible con el orden constitucional, en particular con el principio de igualdad, que es rector de la organización y funcionamiento de un Estado social y democrático. Su carácter transversal es de carácter obligatorio en los diversos espacios de desarrollo de la persona, porque garantiza el adecuado respeto a la dignidad humana, al proscribir las discriminaciones injustas. En el ámbito laboral tiene particular relevancia porque el trabajo es un medio indispensable para el desarrollo personal y social. De allí que la existencia de regímenes especiales deba ser cuidadosamente evaluada por la doctrina académica, a fin de evitar o corregir las discriminaciones contrarias al orden constitucional.

El presente estudio se estructura en torno a tres cuestiones: las fuentes de regulación de los regímenes especiales, el fundamento de la tipificación y su adecuación al orden constitucional.

1. Las fuentes de regulación de los regímenes especiales

En primer lugar conviene recordar que la existencia de regímenes laborales especiales es común al Derecho comparado². Para comprender mejor la razón de ser de su existencia utilizaremos como referencia el Derecho laboral español por la similitud que tiene con el nuestro, por el mayor desarrollo legislativo y doctrinal de esta institución, así como por la

¹ Luz Pacheco Zerga. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Profesora Ordinaria Principal de Derecho del Trabajo de la Universidad de Piura. Profesora Invitada del Máster de Relaciones Laborales de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

² En Argentina, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, Venezuela existen regímenes diferenciados para los trabajadores agrícolas, incluso diferenciaciones dentro del propio sector agrícola, como es el caso de Colombia para los trabajadores bananeros, Costa Rica o Francia, que excluye en materia de salario mínimo a los trabajadores agrícolas. Los convenios de la OIT muestran también la necesidad de regulaciones específicas para los trabajadores del mar, las mujeres, migrantes, etc. Cfr. <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>



génesis histórica. Efectivamente, al igual que ocurrió en ese país, también en el nuestro, en un primer momento hubo una tendencia uniformadora para incorporar al tronco común del Derecho del Trabajo, las relaciones jurídicas que hasta ese momento habían tenido regulaciones específicas o residuales. En un segundo momento, el régimen ordinario se ha vuelto más flexible y abierto, por lo que conviven, junto con al tronco común, una variedad de regímenes especiales³.

En España existe una norma que unifica el régimen laboral común y legitima la existencia de relaciones laborales de carácter especial: se trata del Estatuto de los Trabajadores (ET). Su redacción originaria se remonta a 1980, pero se encuentran previsiones similares en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y en la Ley de Relaciones Laborales de 1976. El régimen común del ET es aplicable a las relaciones jurídicas que surgen con la prestación del trabajo personal, libre, remunerado, realizado por cuenta ajena y en forma dependiente⁴. Este cuerpo legal, en su segundo artículo, establece ocho relaciones laborales especiales, a las que se han añadido otras once⁵, por diversos dispositivos legales. Resulta evidente que la relación de regímenes especiales contenida en el ET art. 2.2 no es taxativa, sino enumerativa y que los diversos regímenes tienen un denominador común: se originan en un mandato legal⁶. El ET art. 2.3 establece que todos los regímenes especiales deben “respetar los derechos básicos reconocidos por la Constitución”. Este mandato, que podría parecer superfluo no lo es: su sentido es supeditar la regulación de las relaciones especiales de trabajo a la suprema norma constitucional y no a la legislación común u ordinaria. Por eso, la doctrina académica ha precisado que lo que “el ET quiere decir es que sus disposiciones no vinculan en principio el régimen de las relaciones especiales de trabajo”⁷. Para que pueda haber una aplicación directa o supletoria debe existir esa previsión en la Ley de creación⁸.

¿Qué ocurre en nuestro país? Sabemos que no existe una norma codificadora del régimen común laboral: en todo caso, podemos considerar como tal, a pesar de sus graves deficiencias, a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LCPL). Esta norma hace referencia a los regímenes especiales de trabajo en forma desordenada, pero con una tónica común: reconocer su existencia y legitimar el trato diferenciado⁹.

³ Cfr. GARCÍA VALVERDE, M^a DOLORES, "Relaciones laborales especiales," in *Derecho del Trabajo*, ed. José Ignacio García Ninet (Director) / Arántzazu Vicente Palacio (Coordinadora) (Pamplona: Thomson&Aranzadi, 2008), 711-42.

⁴ Cfr. Art. 1º de Estatuto de los Trabajadores (ET).

⁵⁵⁵ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo / GALIANA MORENO, Jesús M. / SEMPERE NAVARRO, Antonio V. / RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 7ª ed. (Pamplona: Thomson - Aranzadi, 2007) 41-42.

⁶⁶ Cfr. ET, art. 2.

⁷ MONTOYA MELGAR, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* 42,

⁸ Cfr. *Ibid.*,

⁹ Por ejemplo en el art 45 leemos: “Los trabajadores de regímenes especiales se seguirán rigiendo por sus propias normas”.

Los artículos de la LPCL que hacen referencia a regímenes especiales son las siguientes:

Artículo 45.- Los trabajadores de regímenes especiales se seguirán rigiendo por sus propias normas.

Artículo 80.- Los contratos de trabajo del régimen de exportación de productos no tradicionales a que se refiere el Decreto Ley N° 22342 se regulan por sus propias normas. Sin embargo, le son aplicables las normas establecidas en esa Ley sobre aprobación de los contratos.

Basta que la industria se encuentre comprendida en el Decreto Ley N° 22342 para que proceda la contratación del personal bajo el citado régimen.

Artículo 81.- Los contratos de trabajo temporales que se ejecuten en las zonas francas así como cualquier otro régimen especial, se regula por sus propias normas.

Artículo 82.- Cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el presente Título podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse.

Artículo 83.- En los casos a que se refieren los artículos precedentes son de aplicación supletoria los Capítulos V y VIII del presente Título en cuanto no se oponga a la normatividad específica de los citados regímenes de contratación.

Cada uno de estos supuestos exigiría un análisis exhaustivo, pero para los efectos de esta investigación nos limitaremos al que consideramos más relevante: el de las zonas francas. Actualmente en el Perú hay cinco: en Paita (Piura), Ilo (Moquegua), Matarani (Arequipa), Puno y Tacna. En estas zonas geográficas es posible contratar personal de manera temporal a través de contratos a plazos que pueden ser renovados y no se pone ningún límite a la autonomía de la voluntad para pactar las remuneraciones y condiciones de trabajo¹⁰.

De acuerdo al art. 23 de la Constitución, “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. Sin embargo, al haberse establecido la libre contratación temporal, sin causa que la justifique, indirectamente se ha privado a todos los trabajadores de esos lugares a la protección prevista en el art. 27 de la Constitución para los casos de despido arbitrario. Asimismo, los derechos

¹⁰ Ver Leyes 26788, 27825, 29014, 28599, 28569.



laborales fundamentales de remuneración mínima, jornada máxima, descansos diarios, semanales y anuales remunerados, libertad sindical, negociación colectiva y participación en las utilidades (arts. 24 a 29 de la Constitución) han devenido en inoperantes al haberse privilegiado la autonomía de la voluntad, convirtiendo así aparentemente en renunciables, tanto los derechos previstos en la Constitución como en las leyes laborales. No obstante, es evidente que pactar condiciones laborales por debajo del piso mínimo establecido por la Constitución es un acto viciado de nulidad, que no puede tener eficacia jurídica.

Los regímenes especiales configurados por la propia LPCL son los siguientes:

1. **Trabajadores a tiempo parcial:** De acuerdo al art. 4° se pueden celebrar sin limitación alguna “contratos en régimen de tiempo parcial”, pero con un requisito indispensable: que sean por escrito. En consecuencia, si el contrato es verbal se presume que es a jornada completa, salvo que el empresario pueda demostrar fehacientemente que el trabajador labora menos horas que las de la jornada ordinaria de la empresa. Ahora bien, siguiendo al antiguo aforismo jurídico: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* –“no podemos distinguir donde la ley no distingue” – se puede afirmar que el régimen de tiempo parcial se constituye cuando se labora menos horas que las establecidas para la jornada ordinaria de la empresa. En consecuencia no es legítimo identificarla con la media jornada: puede haber jornadas parciales mayores a ese promedio, pero inferiores al de la jornada ordinaria.

Los trabajadores bajo este régimen, conforme se deduce de la lectura *contrario sensu* del art. 22¹¹, no tienen la protección contra el despido arbitrario establecida en la LPCL cuando laboran menos de cuatro horas diarias para un empleador. Si bien es cierto la mayor parte de la doctrina académica acepta pacíficamente la desprotección de estos trabajadores¹², entendemos que el mandato del art. 27 de la Constitución¹³ es de carácter universal, es decir, para todo aquella persona que tenga la calidad de trabajador. Una vez más es aplicable el aforismo latino antes citado y, consecuentemente, es inconstitucional excluir a un trabajador de un

¹¹ “Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido”.

¹² Ver por todos, ARCE ORTIZ, Elmer, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. (Lima: Palestra, 2005) 297-319, BOZA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Derecho Individual de Trabajo*, II vols. (Lima: Rodas, 1998) vol. I, RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo (individual). Relaciones individuales en la actividad privada*, 4a ed. (Lima: Edial, 1995) 73-77.

¹³ “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

derecho reconocido en la Constitución porque se trataría de una discriminación sin fundamento objetivo.

Estos trabajadores también están excluidos del derecho a vacaciones, a tenor de lo establecido en el Reglamento del Dec. Leg. 713, esto es el D.S. 012-92-TR, que establece como requisito para gozar de este beneficio alcanzar la jornada mínima de cuatro horas. Esta disposición es también inconstitucional, porque todos los trabajadores del Perú tienen derecho no sólo al descanso semanal remunerado, sino también al anual, que equivale al de vacaciones¹⁴. El desarrollo legislativo de estos derechos, al igual que ocurre con el de la protección contra el despido arbitrario no puede contener la exclusión de trabajador alguno, sea cual sea el régimen laboral bajo el cual trabaje¹⁵. La aplicación directa del Convenio 52 de la OIT por ser parte del Derecho interno al haber sido ratificado por el Estado, les confiere un mínimo de siete días de descanso anual remunerado por cada año de servicios.

Por otro lado, habría que precisar que el Reglamento, es contrario al Dec. Leg. 713 que regula el derecho sin exclusiones. Por tanto, por el principio de jerarquía normativa y el de no discriminación esta disposición reglamentaria no debe seguir aplicándose.

- 2. Trabajadores de dirección y confianza:** Se denomina personal de dirección a “aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquéllas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial”. Y son calificados como trabajadores de confianza, aquellos “que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales” (LPCL, art 43).

¹⁴ “Artículo 25o.- La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio”.

¹⁵ Por las razones anotadas resulta inconstitucional negar el derecho al descanso semanal remunerado. Opina en contrario, CAMPOS TORRES, Sara Rosa, *Regímenes Laborales Especiales* (Lima: Gaceta Jurídica, 2009) 206.



El régimen especial de estos trabajadores afecta tres derechos laborales: los de protección contra el despido arbitrario, derecho de sindicalización y negociación colectiva.

Tanto los trabajadores de dirección como los de confianza pueden tener un período de prueba mayor al general, que es de tres meses. En consecuencia, la protección contra el despido arbitrario la pueden alcanzar hasta un año o seis meses, respectivamente, del inicio de sus contratos de trabajo¹⁶.

También son afectados sus derechos colectivos en cuanto que sólo pueden afiliarse a un sindicato si los estatutos de éste los autoriza y no se benefician de las negociaciones colectivas de su ámbito (TUO Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, D.S. 010-2003-TR, arts. 12 b) y 42).

3. **Trabajadores a domicilio:** Este régimen se encuentra regulado en los artículos 87 a 96 de la LPCL. El primero de estos artículos establece el ámbito subjetivo al definir como trabajo a domicilio “el que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por este, sin supervisión directa e inmediata del empleador”. La regulación de este régimen, a diferencia de los anteriores, es más prolija porque la LPCL dedica el Título Sexto, a regular los derechos laborales, que por el modo de prestación del trabajo exige un tratamiento diferenciado y que son los siguientes:
 - a. Criterio vinculado a la producción para establecer la remuneración y tope del 25% para su retención ésta, en caso de pérdida o deterioro de los materiales por culpa del trabajador hasta completar el total del valor (art. 90).
 - b. Los contratos deben celebrarse por escrito y en triplicado. Una copia se remite a la Autoridad Administrativa de Trabajo para fines de su registro (art. 91).
 - c. El empleador debe llevar un Registro de Trabajo a Domicilio, cuya copia será entregada al trabajador, que sustituye para todos los efectos al libro de planilla de remuneraciones del régimen laboral común (art. 93). El contenido del Registro se detalla en la LPCL (art. 93).

¹⁶ “El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección” (LPCL, art. 10).

- d. Se establece un régimen particular para el goce de tres derechos sociales: remuneración por Primero de Mayo, vacaciones y compensación por tiempo de servicios. (art. 94).
 - e. Estos trabajadores gozan de todos los derechos establecidos con carácter general para los trabajadores de la actividad privada, como son el seguro de vida (Dec. Leg. 688) y el de ser asegurados obligatorios tanto del sistema de seguridad de salud como de pensiones.
4. **Trabajadores que laboran en virtud de contratos intermitentes y de temporada:** Quienes celebran estos contratos sujetos a modalidad ven afectados los algunos de sus derechos laborales, en atención a la peculiaridad de los tiempos de prestación efectiva del trabajo. El tratamiento especial se refiere a:
- a. Tiempo de servicios y derechos sociales: se determinan en función del tiempo efectivamente laborado (art. 66).
 - b. Derecho preferente de contratación: en el caso de los servicios intermitentes, puede consignarse en el contrato primigenio que operará en forma automática (art. 64). Cuando se trate de contratos de temporada, cuando un trabajador es contratado por un mismo empleador por dos temporadas consecutivas o tres alternadas, tiene derecho a ser contratado en las temporadas siguientes (art. 69). Este derecho caduca a los quince días de iniciada la temporada (art. 70).

a) **Regímenes especiales no regulados en la LPCL**

Hemos comprobado que existe una declaración genérica de reconocimiento de otros regímenes laborales (arts. 45 y 81 **in fine**) y la remisión expresa a tres de ellos: el de las empresas de exportación no tradicional, el de las zonas francas y el que surja por la celebración de contratos de naturaleza temporal por una modalidad no prevista en la LPCL.

Estos regímenes si bien tienen autonomía están sujetos a las disposiciones de los Capítulos V y VIII del Título II de la LPCL en forma supletoria, siempre y cuando no sean contrarios a su normativa específica. Estos Capítulos regulan los requisitos formales para la validez de los contratos y los derechos y beneficios de estos trabajadores, respectivamente.

En relación al primer punto, hay que destacar que los requisitos formales son dos: el contrato debe constar necesariamente por escrito y extenderse por triplicado. Esta exigencia no es contraria a las normativas específicas y a quien interesa tener



prueba de la existencia del régimen especial es al empleador y, por tanto, de la temporalidad del servicio y de la peculiaridad de los derechos y beneficios.

Es requisito concurrente que en el contrato se precise en forma expresa su duración y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral (art. 72). Jurisprudencia reiterada del TC ha reafirmado la necesidad de que la causa objetiva que se invoca como fundamento de la temporalidad de la contratación sea cierta y comprobable. De allí que si se comprobase que las labores realizadas por el trabajador eran de naturaleza permanente y no temporal, porque la actividad que realizaba preexistía en el centro de trabajo, se habría producido una desnaturalización del contrato, “por haberse producido el supuesto previsto en el inciso d) del artículo 77 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, debiendo ser considerado, entonces como uno sujeto a plazo indeterminado, según el cual el demandante solamente podía ser despedido por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral¹⁷. Y, consecuentemente, el TC se ha pronunciado por la reposición de quien fuera despedido en forma incausada por lesionar su derecho al trabajo.

El Capítulo VIII está formado por un único artículo, el 79, que a la letra establece: “Los trabajadores contratados conforme al presente Título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o costumbre tuvieron los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el periodo de prueba”.

Esta disposición es coherente con el principio de igualdad y no discriminación. En consecuencia, la exclusión de determinados derechos y beneficios deberá ser autorizada por la Ley que crea el régimen especial pero nunca podrán ser inferiores a los reconocidos en la Constitución.

De los regímenes laborales no mencionados expresamente podemos distinguir entre aquellos que establecen un ámbito en relación a los sujetos (subjetivo) y otro, en relación a la actividad a realizar (objetivo).

I. Ámbito subjetivo:

1. **Trabajadores extranjeros:** D. Leg. 689 y su Reglamento, D.S. 014-92-TR. y Dec. Leg. 855.
2. **Menores y adolescentes:** Ley 27337 y R.M. 128-94-Tr, que regula la Autorización de Trabajo del Adolescente.

¹⁷ Exp. 03955-2008-PA/TC, f.j. 8.

3. **Madre trabajadora:** Normas dispersas sobre derecho de descanso pre y post natal (Ley 26444), subsidio por lactancia (Ley 26790), permiso por lactancia (Ley 27240 y 27403)), protección de la salud de la gestante y del embrión y feto (Ley 28048 y su Reglamento, D.S. 009-2004-TR).

4. **Discapitado:** Ley General de de la persona con discapacidad (Ley 27050) y su Reglamento, D.S. 003-2000-PROMUDEH y Registro de Empresas Promocionales para personas con discapacidad (D.S. 001-2003-TR).

Lustrabotas: Ley 27475 y su Reglamento, D.S. 006-2002-TR.

5. **Porteador:** Ley 27607 y su Reglamento, D.S. 010-2002-TR.

6. **Artista:** Ley 28131 y su Reglamento, D.S. 058-2004-PCM

7. **Psicólogo:** Ley 28369

8. **Futbolistas profesionales:** Ley 26566.

9. **Trabajador migrante andino:** Decisión N°545 y Resoluciones Ministeriales 279-2004-TR y 009-2006-TR.

10. **Aprendiz del SENATI:** Dec. Ley 20151 y D.S. 012-74-IT/DS.

II. **Ámbito objetivo:**

1. **Trabajadores del sector agrario:** Leyes 27360 (normas de Promoción del Sector Agrario) y 27460 (Ley de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura) y sus respectivos Reglamentos: D.S. 049-2002-AG y D.S. 030-2001-PE.

3. **Trabajadores de construcción civil:** Existen diversas normas, algunas muy antiguas (14.VII.1946) y Convenios Colectivos a nivel del sector.

4. **Trabajadores del hogar:** Ley 27986 y D.s. 015-2003-TR

5. **Mineros:** Se ha regulado el Ingreso Mínimo Minero desde 1989, mediante D.S. También se ha promulgado la Ley 25009 sobre la jubilación de estos trabajadores, con su Reglamento, D.s. 029-89-TR.

6. **Profesores de centros particulares:** Ley 24029 (Ley del Profesorado) y su Reglamento, D.S. 019-90- TR y D.S. 012-92-TR.

7. **Médicos cirujanos dentistas, obstétrices, enfermeras:** D. Leg. 559 y su Reglamento, D. S. 024-2001 SA. (Médicos); Ley 27878 y su Reglamento



(Cirujanos Dentistas). Ley 27853 y su Reglamento (Obstetriz) y Ley 27669 y su Reglamento D.S. 004-2002 SA (enfermero).

8. **Trabajadores portuarios:** Ley 27866 y su Reglamento (Trabajo portuario) D.S. 013-2004-TR y Ley 27943 (Sistema Portuario Nacional) y su Reglamento, D.S. 003-2004-MTC.

9. **Trabajadores pesqueros:** La Ley 27979 estableció un régimen remunerativo semanal, de carácter cancelatorio para los trabajadores de la industria pesquera de consumo humano.

10. **Trabajador de restaurantes y hoteles:** Quinta Disposición Complementaria del Dec. Ley 25988.

11. **Profesor universitario:** Ley 23733.

12. **Trabajadores de la micro y pequeña empresa:** Ley 28015 y su Reglamento, D.S. 009-2003-TR. A diferencia de los anteriores el factor de especialidad no responde al giro del negocio sino al volumen económico que genera.

2. Fundamento de la tipificación.

La relación de regímenes especiales antes realizada pone de manifiesto que el fundamento que justifica la inclusión o exclusión de algunos trabajadores en el régimen ordinario o común es heterogénea. Sin embargo, podríamos concluir, de modo similar a como lo hizo el Tribunal Constitucional español en la STC 56/1988, de 24 de marzo, que la diversidad normativa –salvo la relativa a la de las pequeñas y medianas empresas– puede atribuirse “a las especiales características del trabajo que cada norma viene a regular, bien por la cualidad de las personas que lo prestan, bien por la sede donde se realiza el trabajo, bien por el tipo de funciones que realizan”¹⁸.

La mayoría de estos regímenes establece menores derechos que los del régimen general laboral, como sucede en el caso de los trabajadores de pequeñas y medianas empresas, pero en otros la legislación les otorga una mayor protección, v.gr. madre trabajadora, discapacitados¹⁹.

¹⁸ No obstante, la doctrina laboral más autorizada considera que la categoría de relaciones laborales especiales es “eminente y jurídicamente positiva y a veces artificiosa” y que la razón de su existencia es prácticamente “inescrutable”. Cfr. MONTOYA MELGAR, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores* 39.

¹⁹ Algo similar ocurre en el Derecho español, por todos, ver SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "Relación laboral de carácter especial," en *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"*, ed. Antonio V. Sempere Navarro / Francisco Pérez de los Cobos Orihuel / Raquel Aguilera Izquierdo (Dirección y Coordinación) (Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Universidad Rey Juan Carlos. Civitas. Thomson Reuters, 2009), 1193.

En cualquier caso, no se puede perder de vista que en todos los supuestos nos encontramos ante verdaderos y propios contratos de trabajo, siendo por tanto imprescindible que concurren sus presupuestos básicos (trabajo personal, libre, subordinado y remunerado). A la vez, se debe reconocer que a la función económico-social típica del contrato de trabajo el legislador ha visto necesario tutelar otros intereses que son esenciales para el auténtico desarrollo humano, como son el derecho a la maternidad y a la vida del concebido, la solidaridad social, que conduce a establecer los cauces para que los discapacitados puedan desarrollar su personalidad y ser útiles socialmente con el ejercicio de un trabajo, o atender a la mayor penalidad de ciertos trabajos, como es el caso de la minería o la construcción civil.

3. Igualdad y especialidad: la observancia del principio de no discriminación en los regímenes especiales

La Constitución consagra como uno de los principios de la relación laboral la igualdad de oportunidades sin discriminación (art. 26.2), que concreta, en el ámbito laboral, el derecho fundamental de no discriminación²⁰.

El TC ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de estos principios en dos regímenes especiales: el agrícola y el de las PYMES, con motivo de la acción de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Ica, contra el Título II de la Ley N° 27360, que establece un régimen laboral especial para el sector agrario.

El Tribunal aclara que el respeto al principio de igualdad proscribiera todo trato discriminatorio, pero no así el tratamiento diferenciado, “que bajo ciertos esquemas y parámetros es permitido, pues no se debe perder de vista que no todo trato diferente ostenta la característica de ser discriminatorio. La discriminación se produce cuando ese trato diferente carece de razones que lo justifiquen”²¹. En cambio, cuando hay razones objetivas, que se siguen a la naturaleza de las personas y de las cosas, la desigualdad en el trato será el único mecanismo para asegurar una regulación acorde con la naturaleza de las cosas y de las personas. De allí que sea precisamente el derecho a la igualdad, el que exija tratar “igual a los iguales” y “desigual a los desiguales”, pero siempre a la luz del deber de no discriminación y del de igualdad de oportunidades.

En similar sentido se ha pronunciado su homólogo español al declarar que es posible un trato diferenciado “siempre que ello esté justificado por las características especiales de

²⁰ “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 cualquiera otra índole (art. 2.2)

²¹ Exp. N° 00027-2006-PI, f.j. 4.



cada trabajo” y que, en el caso de las relaciones laborales especiales no puede afirmarse que el legislador haya establecido estatutos diferenciados por motivos arbitrarios o irrazonables, sino que se ha apoyado sobre una “diferencia material o sustancial previa”, que se aprecia “bien por la cualidad de las personas que lo prestan, bien por la sede donde se realiza el trabajo, bien por el tipo de funciones que se realizan” ([STC 56/1988 de 24 de marzo y 3 y 79/1983 de 5 de octubre).

Volviendo a la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad de régimen agrario, encontramos que el TC ha resumido en cuatro los criterios que justifican la existencia del régimen agrario, aún cuando objetivamente otorga menores derechos a los trabajadores agrícolas. Esos criterios son:

- a. Los derechos fundamentales del régimen laboral común establecidos en la Constitución, constituyen la base sobre la que se consagra el régimen laboral agrario y son materia de tutela en procesos constitucionales en caso de no respetarse;
- c. La Ley N° 27360 tiene una vocación de temporalidad que no se debe perder de vista: su extinción está prevista para el año 2021;
- d. El Estado, a través del servicio público de la Inspección del Trabajo tiene la responsabilidad de velar para que las condiciones socio laborales de regímenes especiales, como es la del sector agrario, se cumplan adecuadamente.
- e. El régimen agrario puede tener como punto de partida un piso menor al del régimen general, pero con la tendencia a lograr una equiparación en las condiciones económicas y de régimen de descanso, que permita alcanzar un trabajo cada vez más “decente”.

El Tribunal Constitucional en la sentencia bajo comentario, equipara el Régimen Agrario al de las PyMES y concluye que ambos respetan las disposiciones constitucionales sobre remuneración, jornadas máximas y descansos mínimos, así como la indemnización por despido arbitrario, porque se adecuan a la realidad jurídica que regulan, que justifica tratamientos legislativos diversos. En consecuencia, queda también en evidencia que el régimen de las zonas francas no puede tener esta misma calificación ya que las leyes pertinentes dotan de total autonomía a las partes para fijar las condiciones económicas y de trabajo en los contratos de trabajo, sin hacer ninguna referencia a los derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes.

Finalmente, el Convenio 111 de la OIT, sobre Igualdad en el empleo y la ocupación, que ha sido ratificado por nuestro país, no contiene disposiciones que limiten su ámbito de aplicación personal o profesional. Por eso, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que el objeto de ese instrumento es “proteger a

todas las personas de las discriminaciones en materia de empleo y ocupación”²². Esta obligación incumbe en primer lugar a los poderes públicos, que deben aplicar “en todas sus actividades una política nacional de empleo sin ejercer discriminación alguna”²³, conforme lo establece los artículos 2 y 3 del Convenio 111.

4. Conclusiones

Los regímenes especiales laborales son compatibles con el orden constitucional cuando se respetan los derechos fundamentales en ella reconocidos: éste es el mínimo indispensable para su vigencia.

En el caso que un régimen especial otorgue menores derechos que los reconocidos al resto de los trabajadores esas disposiciones sólo serán válidas en la medida en que sean temporales y se ordenen a lograr la plena equiparación de derechos en el futuro.

La LPCL reconoce la existencia de regímenes laborales con autonomía legislativa y, a la vez, establece algunos regímenes especiales en su propio articulados.

Algunos regímenes especiales actualmente vigentes son contrarios al orden constitucional por no respetar los mandatos constitucionales ni los Convenios de la OIT, en materia de vacaciones y de no discriminación que, al haber sido ratificados por el Estado peruano, forman parte del Ordenamiento nacional. Son especialmente clamorosos los casos de los trabajadores a tiempo parcial y los de zonas francas, aunque existen otros regímenes cuestionables no mencionados ni analizados en esta oportunidad

Por un principio de seguridad jurídica es indispensable que el Estado regule adecuadamente los regímenes laborales especiales, porque el desarrollo económico no se puede hacer a costa del desarrollo social, ya que el fin del Estado no es la productividad ni la generación de riqueza sino la defensa de la dignidad de las personas.

Lima, 31 de agosto de 2010

²² COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES, *Igualdad en el Empleo y la Ocupación*, ed. Informe III (Parte 4B) (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1996) n.19.

²³ *Ibid.* n.67.



Bibliografía

- ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra, 2005.
- BOZA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Derecho Individual de Trabajo*. II vols. Lima: Rodas, 1998.
- CAMPOS TORRES, Sara Rosa. *Regímenes Laborales Especiales*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.
- COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. *Igualdad en el Empleo y la Ocupación*. Editado por Informe III (Parte 4B). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1996.
- GARCÍA VALVERDE, M^a DOLORES. "Relaciones laborales especiales." en *Derecho del Trabajo*, editada por José Ignacio García Ninet (Director) / Arántzazu Vicente Palacio (Coordinadora), 711-42. Pamplona: Thomson&Aranzadi, 2008.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo / GALIANA MORENO, Jesús M. / SEMPERE NAVARRO, Antonio V. / RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. 7^a ed. Pamplona: Thomson - Aranzadi, 2007.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo (individual). Relaciones individuales en la actividad privada*. 4a ed. Lima: Edial, 1995.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V. "Relación laboral de carácter especial." en *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"*, editada por Antonio V. Sempere Navarro / Francisco Pérez de los Cobos Orihuel / Raquel Aguilera Izquierdo (Dirección y Coordinación), 1191-95. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Universidad Rey Juan Carlos. Civitas. Thomson Reuters, 2009.