

Señores

**Comisión Especial de Selección de Candidatas o Candidatos
Aptos para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional
Presente. -**

De mi consideración:

Luigino Pilotto Carreño, identificado con DNI N° 07291028, por el presente me dirijo a ustedes, a fin de solicitar respetuosamente, la revisión y reconsideración de la evaluación curricular, por las siguientes consideraciones:

1. Mediante Resolución Legislativa del Congreso N° 001-2021-2022-CR se aprobó el Reglamento para la Selección de Candidatas o Candidatos Aptos para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional.
2. EL numeral 26.1 del artículo 26° del mencionado Reglamento, determina los criterios de evaluación curricular a utilizar dentro del proceso de selección antes mencionado.
3. En la parte correspondiente a publicaciones, señala, de manera expresa, lo siguiente:

3. LABOR DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA		hasta 20 puntos (acumulable)
Publicación (física o digital) de libro, de investigación en revista arbitrada o indexada o ponencia en evento internacional en materia constitucional.	2 puntos por cada publicación y 1 punto por cada ponencia internacional	

La investigación debe contener como mínimo la estructura organizativa común IMRD (Introducción, método resultado y discusión)

4. Para tal fin, se incluyó un formato denominado Investigaciones Indexadas en Materia Jurídica, el mismo que, dentro del cuadro, incluía las siguientes secciones:

LABOR DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA JURÍDICA				
Título de la investigación	Editorial	Fecha y lugar de publicación	ISBN / ISSN	Libro / revista

5. Dentro de ese ámbito regulatorio, el suscrito presentó en total, 17 publicaciones de artículos realizados en distintas revistas, de las cuales se obtuvieron los códigos

ISBN o ISSN de 10 de ellas, correspondientes, a la identificación necesaria para el cumplimiento del requisito de indexación solicitado.

6. Es decir, se ha cumplido con el requisito solicitado en las disposiciones reglamentarias. Inclusive, adicionalmente, se adjuntaron en versión física y digital, cada una de las 17 (diecisiete) publicaciones presentadas.
7. Es por ello que, al ver el puntaje asignado en el cuadro de evaluación curricular denominado, "*calificación individual por cada aspecto sumatoria, promediación y puntaje final de cada postulante*" me generó extrañeza, el puntaje otorgado a las publicaciones realizadas, máxime si se ha cumplido con todos los requisitos solicitados.
8. Considero que debe haber existido algún tipo de error en la ponderación de las mismas, por lo que, respetuosamente, solicito tengan a bien, revisar los criterios de evaluación, los mismos que no han sido publicados conjuntamente con los cuadros de puntajes asignados, para lo cual, adjunto nuevamente, la relación presentada de los artículos realizados, así como la versión digital de los mismos.

Esperando tengan a bien aceptar la solicitud de revisión y reconsideración de la evaluación curricular, aprovecho la oportunidad para expresarles los sentimientos de mi consideración.

Atentamente;



LUIGINO PILOTTO CARREÑO
DNI N° 07291028

1. INVESTIGACIONES INDEXADAS EN MATERIA JURÍDICA

LABOR DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA JURÍDICA				
Título de la investigación	Editorial	Fecha y lugar de publicación	ISBN / ISSN	Libro / revista
Eliminación del régimen CAS. Una medida impulsiva	Gaceta Jurídica	Lima, Junio 2021	ISBN 2707-0310	Revista Gestión Pública y Control
Diez Años de Formación del Tribunal del Servicio Civil.	Gaceta Jurídica	Lima, Noviembre 2020	ISBN 2707-0310	Revista Gestión Pública y Control
El Trabajo Remoto en la Administración Pública	CAPLAE	Lima, Octubre 2020		Revista CAPLAE Laboral (digital)
La negociación colectiva en el sector público Cuestionamientos formulados al Decreto de Urgencia N° 014-2020	Gaceta Jurídica	Lima, Mayo 2020	ISBN 2707-0310	Revista Gestión Pública y Control
La negociación colectiva en el estado. La discusión sigue abierta	Elías Mantero Abogados	Lima, Noviembre 2019		Revista Actualidad Laboral (digital)

PRJ

La potestad sancionadora de la Contraloría y la SUNEDU Dos sentencias con la misma problemática pero diferente interpretación por parte del TC	Gaceta Jurídica	Lima, Febrero 2020	ISBN 2707-0310	Revista Gestión Pública y Control
El régimen administrativo de servicios. El primer paso a la formalización laboral del Estado	Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	Lima, Marzo 2015	ISBN 2015-04633	Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis
El Trabajo Infantil en el Perú	Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	Lima, Noviembre 2013	ISBN 2013-18212	Libro Homenaje a los 25 años de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
La Celeridad en el Proceso Laboral	Editora Perú	Lima, Septiembre 2011		Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ministerio de Justicia
El Principio de Razonabilidad y la Aplicación de Sanciones. Análisis de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional	Gaceta Jurídica	Lima, Julio 2010	ISSN 1997-8812	Gaceta Constitucional Tomo 31
El principio de la Razonabilidad y la Facultad Disciplinaria del Empleador	Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	Lima, enero 2010		Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez
Trabajo Infantil en el Perú	Universidad de Lima	Lima, julio 2010	ISSN 1027-8168	Revista Ius et Praxis

La Embriaguez, ¿Es una Falta Grave? Algunas consideraciones con relación a la Sentencia del Tribunal Constitucional	Editora Normas Legales	Lima, Marzo 2009	ISSN 0484-7784	Revista Jurídica del Perú
La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Reconocimiento de años de aportación dentro del Régimen del Decreto Ley N.º 19990	Gaceta Jurídica	Lima, diciembre 2008	ISSN 1812-9587	Revista Diálogo con la Jurisprudencia
La Discriminación por razón de Género en el Derecho del Trabajo. Acercamiento a un análisis del Problema	Grijley	Lima, Septiembre 2008		Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en <i>Homenaje a Luis Aparicio Valdez</i>
Relaciones Laborales Ocultas	Facultad de Derecho y CC. PP. Unidad de Post Grado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos	Lima, diciembre 2002	ISSN 1022-5250	Revista Magistri et Doctores
Los Trabajadores Portuarios	Análisis Laboral AELE	Lima, julio 2002	ISBN 98-2765	Revista Análisis Laboral
Análisis desde el punto de vista laboral del D. S. N° 136 -2000-EF	Análisis Laboral AELE	Lima, abril 2001	ISBN 98-2765	Revista Análisis Laboral
Nulidad de Incorporación al Régimen del Decreto Ley N° 20530	Análisis Laboral AELE	Lima, abril 2000	ISBN 98-2765	Revista Análisis Laboral
Comentarios sobre la Ley N° 25139 - Las Gratificaciones en la Actividad Privada	Análisis Laboral AELE	Lima, enero 1999	ISBN 98-2765	Revista Análisis Laboral

La CTS y los Trabajadores del Estado sujetos al Régimen Laboral de la Actividad Privada	Análisis Laboral AELE	Lima, diciembre 1997	ISBN 98-2765	Revista Análisis Laboral
El Teletrabajo: El Trabajo del Futuro	Análisis Laboral AELE	Lima, septiembre 1997	ISBN 98-2765	Revista Análisis Laboral
Los Conflictos Colectivos de Trabajo y el Arbitraje como Medio de Solución	Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	Cuzco, mayo 1997		Libro de ponencias del Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo
El Derecho a la Información y la Negociación Colectiva	Universidad Nacional Mayor de San Marcos	Lima, septiembre 1996		Libro de Ponencias del Seminario de Derecho del Trabajo

PRP



Gestión Pública & Control

DIRECTOR GENERAL
JUAN F. JIMÉNEZ MAYOR

DIRECTORES
JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN
MARIANA LLONA ROSA
JUAN CARLOS MORÓN URBINA

Nº 11 | NOVIEMBRE 2020

ESPECIAL

Diez años del Tribunal
del Servicio Civil



- > TSC: experiencia en la resolución de controversias individuales en el sector público
- > Ley de Cadena de Abastecimiento: análisis y propuestas
- > La impugnación de los concursos públicos de mérito
- > Código de Ética y procedimiento administrativo disciplinario de SERVIR
- > Resolución, nulidad o caducidad en los contratos de concesión
- > Errado enfoque de las iniciativas legislativas sobre la reactivación de la potestad sancionadora de la CGR
- > El tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú

MESA DE DIÁLOGO

- > Carlos G. Morales Morante
- > Luigino Pilotto Carreño
- > Oscar Gómez Castro

"Respecto del futuro del Tribunal, las bases y buena parte de los pisos ya están construidos"

UNA PUBLICACIÓN DEL GRUPO

G ACETA
JURIDICA
27 AÑOS DE LIDERAZGO

MESA DE DIÁLOGO

con el Tribunal del Servicio Civil



Carlos Guillermo
**MORALES
MORANTE**



Luigino
**PILOTTO
CARREÑO**



Oscar
**GÓMEZ
CASTRO**

Diez años de la formación del Tribunal del Servicio Civil

Gestión Pública & Control, a diez años de la creación del Tribunal del Servicio Civil, buscó al doctor Carlos Guillermo Morales Morante, presidente del Tribunal del Servicio Civil, así como a los doctores Luigino Pilotto Carreño, presidente de la Primera Sala, y Oscar Gómez Castro, vocal alterno, con la finalidad de analizar lo acontecido en esta década, así como los desafíos existentes.



Entrevista por **ARMANDO SAN ROMÁN ALVA**

La pandemia ha generado nuevos desafíos en el país, siendo uno de ellos la necesidad de virtualización de los procedimientos administrativos que se han visto limitados por el distanciamiento social y el impedimento de acceso físico de las personas y miembros de los tribunales y sus equipos de apoyo. ¿Cómo ha sido este proceso en el Tribunal del Servicio Civil?

Carlos Guillermo Morales Morante (CGMM): La mayor parte del trabajo en el Tribunal se realiza en forma virtual debido al esfuerzo e iniciativa de la Secretaría Técnica del Tribunal, a cargo de Ana María Risi, lo que ha implicado que todo el proceso administrativo, desde la recepción de escritos en mesa de partes, el trabajo interno de revisión de los expedientes por parte del equipo profesional, las sesiones de las salas y pleno del Tribunal, y, finalmente, la notificación a las partes se haga a través del sistema de casilla electrónica. Todo se realiza en forma virtual, lo que nos ha permitido afrontar la carga cuando se levantaron los plazos procesales y, a la vez, trabajar en una docena de

precedentes vinculantes durante la etapa de la cuarentena obligatoria.

Luigino Pilotto Carreño (LPC): Coincido con Carlos en cuanto al desafío que emprendió el Tribunal durante la pandemia y agrego que ciertamente no fue difícil hacerlo con el respaldo que hemos recibido por parte del equipo liderado por Ana María Risi, debiendo resaltar que el Tribunal tiene una amplia experiencia en resolver los procedimientos administrativos en forma digital, habiéndose logrado que toda la segunda instancia administrativa de los procedimientos administrativos disciplinarios sean digitalizados desde hace ya varios años, hecho que ha coadyuvado ostensiblemente a esta transición ordenada, generada por el aislamiento social obligatorio.

Oscar Gómez Castro (OGC): Creo que esta ha sido una excelente oportunidad para consolidar los avances que en materia de transformación digital se ha realizado en los últimos años. El impacto de la pandemia ha estado básicamente en la falta de expedientes para resolver, en la medida que no se



¿Cómo se ha venido desarrollando el proceso del expediente electrónico en el Tribunal del Servicio Civil? ¿En qué estado se encuentra?

Carlos Guillermo MORALES MORANTE

El Tribunal del Servicio Civil está avanzando en un consistente proceso de modernización para el trámite de los expedientes hacia un modelo electrónico; en la actualidad, nos encontramos desarrollando un nuevo sistema llamado Sistema Bicanal, que es uno de los objetivos fijados en el Plan Nacional de Competitividad y Productividad del Estado peruano (Objetivo Prioritario 8, Medida de Política 8.11), sin perjuicio de las iniciativas que hemos tomado para atender de forma virtual durante la pandemia, lo que nos ha permitido acoger los casos y sus diversas etapas de manera electrónica.

ha mantenido el nivel de ingresos, algo que puede parecer extraño para un tribunal, pero que se ha dado por la difícil situación que el propio sector público ha tenido.

¿El trabajo remoto en el sector público será causa de nuevos escenarios infraccionales no previstos en la legislación? En otros países hemos visto que funcionarios en sesiones virtuales de trabajo vía Zoom son captados en situaciones incómodas, con la novia al lado o vestidos no apropiadamente. ¿Se prevé algo así? ¿Ya tenemos algún caso de faltas disciplinarias de este tipo?

CGMM: Muy interesante su pregunta, pues creemos que el trabajo remoto va a plantear desafíos a nivel de interpretación y aplicación de las normas del Derecho disciplinario sancionador. El supuesto que se pregunta no se encuentra expresamente tipificado en la ley debido a que la mayor parte de faltas han sido concebidas para un escenario en que el empleador supervisa la prestación de servicios del trabajador público como la jornada y horario, si cumple o no su trabajo, si está en su puesto o haciendo lo que se le ordenó, etc.

No obstante, la salida precisamente la da un precedente que hemos aprobado sobre los criterios para aplicar las normas de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, dado que se estarían afectando diversos principios y deberes de la función pública como los de probidad y de responsabilidad, respectivamente, lo que podría dar lugar a una sanción disciplinaria al trabajador público y, eventualmente, a su destitución luego

de la instauración del procedimiento administrativo disciplinario.

Definitivamente, la pandemia va a dar lugar a una nueva casuística, a la que habrá que responder con las herramientas disponibles, y si no las hay, habrá que trabajar nuevos tipos infractorios a nivel normativo.

LPC: Ciertamente, existen inconvenientes vinculados a la adecuación de la vida laboral con la vida personal, cuando estas se mezclan en un mismo ambiente. En el caso de los servidores y funcionarios públicos, en su relación con personas adultas, las que ya pueden hacer una adecuada diferenciación entre cumplimiento de labores y situaciones personales, situaciones como las descritas no son aceptables, debiendo ser proscritas, pero debo entender también que son excepcionales. Sobre el trabajo remoto en sí mismo y el control que debe llevar la entidad sobre su adecuado desarrollo, recordemos que SERVIR ya manifestó que en el trabajo remoto lo que se debe tener como referente es el cumplimiento de las metas y de las obligaciones¹, teniendo

1 Informe Técnico N° 01234-2020-SERVIR-GPGSC

*2.4 A fin de facilitar su implementación, SERVIR emitió la 'Directiva para el trabajo remoto', aprobada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 000039-2020-SERVIR-PE3 y también la 'Guía operativa para la gestión de recursos humanos durante la vigencia de la declaración de la Emergencia Sanitaria producida por el COVID-19', aprobada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 0000030-2020-SERVIR-PE4.

2.5 De lo expuesto en ambos instrumentos normativos se desprende que, a diferencia del trabajo presencial, el

Sanción por las infracciones al Código de Ética de la Función Pública

Luigino PILOTTO CARREÑO



Al momento de aprobarse el Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, norma que aprobó el Reglamento de la Ley de Servicio Civil, Ley N° 30057, se dispuso la derogatoria del Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, aprobado por el Decreto Supremo N° 033-2005-PCM. Esta última contenía, dentro de su articulado, tanto las figuras típicas a aplicar como el procedimiento para determinar las responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos que transgrediesen esas disposiciones.

Al desaparecer estos dispositivos sin que exista una remisión expresa a las normas de la Ley de Servicio Civil, quedaba un vacío evidente en la aplicación y vigencia de las disposiciones del referido Código de Ética, pues sin normas sancionatorias quedaban simplemente como disposiciones retóricas, sin una aplicación práctica. Ante estos vacíos se tenía que tomar acción para que determinaciones tan importantes para el actuar de los servidores y funcionarios y para la lucha anticorrupción no quedasen en simples enunciados.

Dentro de ese marco, se emitió el Informe Técnico N° 1990-2016-SERVIR/GPGSC, aprobado con posterioridad por el Consejo Directivo de SERVIR en la Sesión N° 029-2016 que aclara este punto, y aunque es opinión es de cumplimiento obligatorio para el sector público, resultando de aplicación para toda entidad e instancia administrativa.

presente ese entorno que, a veces, resulta difícil de compatibilizar con el trabajo. De incumplirse con estas, así como no respetar las normas que regulan el actuar de los servidores y funcionarios públicos, genera el inicio de un procedimiento administrativo disciplinario - PAD, tal como también lo manifestó SERVIR, a través del Informe Técnico N° 01249-2020-SERVIR-GPGSC².

trabajo remoto se mide por el cumplimiento de encargos y no por la cantidad de tiempo que el servidor se encuentre conectado a los medios digitales que emplea para realizar sus funciones. Es decir, en el trabajo remoto se evalúa el cumplimiento de metas*.

- 2 *2.16 El incumplimiento de las obligaciones de los servidores se tramita de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento administrativo disciplinario.

De darse el caso de incumplimiento reiterado de encargos durante el trabajo remoto, los jefes reúnen las evidencias disponibles y ponen el caso en conocimiento de la Oficina de Recursos Humanos, o quien haga sus veces, a efectos de tramitarlo ante la Secretaría Técnica de los procedimientos administrativos disciplinarios, la misma que debe subsumir la conducta infractora dentro de una falta en el ordenamiento jurídico*.

OGC: Efectivamente, la masificación temporal del trabajo remoto está generando un nuevo escenario y, sin lugar a dudas, la posibilidad que se presenten situaciones no establecidas expresamente en nuestra legislación, por lo que coincido en que en ese contexto es posible aplicar los principios establecidos en el Código de Ética para tipificar eventuales infracciones. Sin embargo, evaluar una actualización normativa es un tema que nos corresponde realizar.

¿Qué dificultades recurrentes encontró el Tribunal del Servicio Civil en las entidades al momento de determinar a las autoridades competentes que deben participar como órgano instructor y órgano sancionador en los procedimientos administrativos disciplinarios y que ocasionaba la declaración de nulidad de dichos procedimientos?

CGMM: La organización administrativa del Estado es muy compleja y se plasma en los documentos de gestión como los Reglamentos de Organización y Funciones (ROF) o Manuales de Organización y Funciones (MOF), o Manuales de Descripción de Puestos (MDP) que, de acuerdo a los criterios

¿Se requería un precedente de observancia obligatoria para la tipificación de faltas leves en el reglamento interno de los servidores civiles de cada entidad pública para sanciones de amonestación verbal o escrita? ¿Qué estaba ocurriendo para establecer esto?

(Luigino Pilotto Carreño)

Era necesario, pues algunas entidades del Estado han incluido como faltas leves figuras que se encuentran contempladas como faltas graves en el artículo 85 de la Ley N° 30057 y en el artículo 98 de su Reglamento, situación que viola, de manera directa, los principios de legalidad y de tipicidad.

El principio de legalidad, de acuerdo con lo expresado por el Tribunal Constitucional (Expediente N° 2050-2002-AA/TC), se cumple si la falta que se atribuye está previamente determinada en la ley. Por su parte, se rompe el principio de tipicidad, pues no se cumple con los extremos establecidos por el numeral 4 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Asimismo, se genera un factor de controversia sobre la figura a aplicar en el caso de una falta grave, cuando esta se encuentra contenida dentro de una ley y, a su vez, dentro del reglamento interno de servidores civiles con similares parámetros de aplicación. Esto viola también lo señalado por el Tribunal Constitucional sobre la necesidad de que "(...) los ciudadanos deben estar en condiciones de predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos".

1. Exp. N° 01873-2009-PA/TC.

que aplica el Tribunal, determinan quiénes son las autoridades competentes para asumir las funciones de órgano instructor y sancionador, respectivamente.

Los problemas que hemos identificado es que las entidades muchas veces no tienen claramente diferenciadas las dependencias a las que corresponde instruir o sancionar, originando declaraciones de nulidad; por ejemplo, se aplican erróneamente las reglas del concurso de infractores, o por deficiencia en los documentos de gestión se generan conflictos de interés y el funcionario no se inhibe, viciando el procedimiento sancionador.

OGC: Coincido plenamente con Carlos. El tema de fondo está vinculado a la gravedad de los supuestos que deben ser tramitados en un Procedimiento Administrativo Disciplinario (PAD), pues va a depender de la gravedad de la falta, el tipo de sanción a aplicarse y, en consecuencia, cambian las autoridades a las que les corresponde instruir y sancionar en el procedimiento, por lo que se podrían presentar divergencias sobre quién

es competente en cada instancia. Para facilitar la determinación de las autoridades competentes en estos supuestos, el Tribunal emitió un precedente administrativo de observancia obligatoria que permite regular los posibles conflictos de competencia que pudieran presentarse dentro de un PAD.

LPC: Efectivamente, regularmente este supuesto se genera cuando la entidad no se encuentra adecuadamente organizada y sus documentos de gestión no son claros. Sin embargo, los mayores problemas en este caso no están vinculados a la falta de una organización adecuada, sino más bien a dudas respecto de la gravedad de los supuestos que deben ser ventilados dentro de un PAD, pues dependiendo de la gravedad la sanción cambia, pero también cambian las autoridades del mencionado procedimiento, por lo que dentro de ese ámbito se podrían presentar divergencias sobre quién es competente. El precedente al que alude Oscar es el aprobado por Resolución de Sala Plena N° 010-2020-SERVIR/TSC, que permite dar solución a todos estos casos.

El nepotismo está regulado desde 1997 y el propósito de esto es impedir la incorporación a la administración pública de personal que tenga vínculos familiares con quienes tienen capacidad de decidir dicha incorporación. ¿Cuál es la visión de ustedes frente a este problema que se sigue dando en el país?

OGC: El problema del nepotismo es una lamentable realidad en el contexto de las diversas entidades de la administración pública y ante ello lo que corresponde es mejorar los controles al interior de las entidades a efectos de detectar esta irregularidad y para ello la adecuada implementación de las oficinas de integridad al interior del sector público resulta un esfuerzo medular.

Respecto a nuestra visión como instancia administrativa, existe un consenso que ante situaciones como las previstas en la norma sobre nepotismo corresponde aplicar las sanciones previstas, pero igualmente conocemos que el propio sistema tiene debilidades, pues en muchas oportunidades, contrataciones o designaciones en las que se presentan conflictos de interés no son detectadas oportunamente, por lo que es tarea pendiente mejorar los mecanismos de control.

CGMM: Mi perspectiva es que no están funcionando las declaraciones juradas de interés y los que quieren eludir su aplicación no revelan todos los vínculos familiares y de otra naturaleza, como accionistas o socios comerciales, etc. Por ello, debe pensarse en un sistema integrado con Registros Públicos, la SUNAT, el OSCE y entidades como la Unidad de Inteligencia Financiera que permitan cruzar todo tipo de información de los funcionarios públicos, de tal forma que neutralicen cualquier posibilidad de conflicto de interés, más allá de las declaraciones juradas, que claramente han resultado insuficientes. Además, creo necesario avanzar reforzando las sanciones penales y administrativas para quienes dolosamente omitan consignar la información que permita identificar potenciales conflictos de interés.

LPC: Hay otra perspectiva a la dicha por mis colegas. Lastimosamente, las personas que deberían realizar el control del cumplimiento de estas normas, así como poner en conocimiento de la autoridad competente para el inicio del PAD correspondiente, podrían tener un interés directo en no hacerlo, lo que imposibilita una actuación adecuada para un mejor control de

📌 **Al momento de aprobarse el Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley de Servicio Civil, se dispuso la derogatoria del Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, quedando un vacío en la aplicación y vigencia de las disposiciones del referido Código de Ética.** 📌

estos supuestos. Mejorar estos controles es esencial para el cumplimiento adecuado de las normas, debiendo los órganos competentes hacer un análisis de sus procesos que les permita determinar por qué se siguen presentando incorporaciones vetadas dentro de las entidades públicas.

El hostigamiento o acoso sexual en el sector público es una modalidad de desviación de la función pública. El artículo 12 de la Ley N° 27942, reformado por el Decreto Legislativo N° 1410, señala que quienes están sujetos al régimen laboral público serán sancionados, según la gravedad, con suspensión o destitución (literal k del artículo 85 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil). ¿Está funcionando?

CGMM: El hostigamiento sexual, desafortunadamente, es un asunto recurrente entre los casos que vemos en el Tribunal, en el sector educación, principalmente.

Si continúan las sanciones, es claro que es un problema estructural y que las soluciones deben ser integrales y contemplar todos los aspectos implicados en esta grave problemática que afecta a nuestros niños.



¿Cuáles son los errores más comunes que viene cometiendo la administración pública durante la pandemia en los procedimientos administrativos disciplinarios?

Oscar GÓMEZ CASTRO

Las diversas entidades de la administración pública vienen cometiendo los mismos errores que tradicionalmente se han generado en la tramitación de sus procedimientos ante el Tribunal del Servicio Civil y, básicamente, se circunscribe a errores en la tipificación; incumplimiento de plazos, vulneración del principio de legalidad y dificultad de la actividad probatoria en los casos de hostigamiento sexual derivados del sector educación, entre otros.

Un aspecto central es el de la prueba del acoso, pues este hecho se produce en forma clandestina, sin testigos. Precisamente, sobre este tema hemos aprobado dos importantes precedentes: el primero, referido a los alcances del término "perjuicio" al estudiante; y el segundo, fijando ciertas reglas a las entidades educativas para que cuenten con los elementos de juicio necesarios para realizar una investigación conforme a los estándares del debido proceso, en especial las reglas de valoración de los medios probatorios, de tal forma que les permita comprobar la comisión de los graves hechos infractores imputados, respetando la presunción de inocencia y el principio de verdad material en estos procesos.

OGC: La norma vigente que sanciona el hostigamiento sexual en el sector público funciona porque, efectivamente, se llega a sancionar a quienes incurrir en dicha conducta, en especial en el sector educación. Sin embargo, los problemas de fondo en estos casos son, en primer lugar, el temor a formular la denuncia, la dificultad de la probanza de estas conductas por ser de escenarios cerrados y, en muchos casos, por la complicidad de quienes les corresponde controlar y sancionar supuestos como este. Vale resaltar que el Tribunal ha aprobado dos precedentes sobre la materia que tienen por finalidad establecer parámetros mínimos para una adecuada tramitación. Sin embargo, si la persona agraviada no denuncia, poco será lo que se pueda hacer desde las

instancias administrativas. El hostigamiento sexual es una realidad tanto en el sector público como en el privado y nos corresponde a todos los operadores jurídicos, como a la sociedad en su conjunto, organizarnos para combatir esta lacra en nuestra sociedad.

LPC: El acoso sexual dentro del sector público, al igual que en el ámbito privado, es un supuesto de difícil probanza y de poco nivel de denuncias. Una encuesta de la situación laboral de las mujeres, realizada por Aptitus en el año 2015, reveló que el 19 % de las mujeres peruanas se han sentido acosadas sexualmente en sus centros de labores. Una de cada cinco. Por su parte, la Defensoría del Pueblo encuestó en el 2018 a voceros de las oficinas de recursos humanos de los gobiernos regionales y de las sedes regionales del Ministerio Público y el Poder Judicial, y la mayoría consideró que los casos de acoso sexual no eran frecuentes, y eso parecía verse reflejado en las cifras que reportaron: desde el año 2003, los gobiernos regionales solo registraron 5 casos, el Poder Judicial otros 5 y el Ministerio Público, 10, con muy pocos casos sancionados. El bajo número de casos demuestra lo difícil que es romper las barreras inclusive para las propias víctimas, aunque hay que precisar que denuncias por acoso sexual en entidades del Estado pasaron de ser 2 en el 2018 a 43 en el 2019, según la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR).

¿Cuáles han sido las materias más recurrentes que ha conocido el Tribunal durante el estado de emergencia?

(Carlos Guillermo Morales Morante)

En realidad, las materias son las mismas que hemos venido conociendo en los meses previos a la pandemia (ascensos, despidos disciplinarios, carrera magisterial, nombramientos, rotaciones, hostigamiento sexual, etc.).

Lo que resulta previsible es que en los próximos meses se produzca una sobrecarga procesal debido a que subirán en apelación los casos de no renovación de contratos CAS que se vienen produciendo en algunos organismos del Estado, sobre todo en gobiernos locales por problemas de recaudación fiscal debido a que los contribuyentes han visto disminuidos sus ingresos por efecto de la pandemia.

Respecto a la estrategia pospandemia, creo que el Tribunal, y concretamente nuestra Secretaría Técnica, tenía bastante avanzado el proceso de modernización de procesos internos, así como de digitalización de expedientes, lo que nos ha permitido seguir manejando eficientemente la carga procesal, incluido el embalse pospandemia que indica.

Nuestros procesos cuentan con certificaciones ISO 9001, debido a que en forma permanente auditores internacionales revisan nuestros procedimientos internos, garantizando que cumplamos con estándares de calidad internacional.

¿Preocupa al Tribunal del Servicio Civil alguna jurisprudencia judicial o del Tribunal Constitucional que afecte sus competencias?

CGMM: De acuerdo a la normativa del servicio civil, el Tribunal resuelve en forma autónoma los conflictos que están dentro de la esfera de sus competencias.

Sin embargo, nuestras resoluciones también deben enmarcarse dentro del sistema de fuentes que rigen el Derecho Laboral Público, lo que incluye los precedentes emanados del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, los cuales podrían fijar criterios vinculantes aplicables a las materias que resolvemos.

En la práctica, nosotros al resolver siempre tenemos el cuidado de verificar si existe o no un criterio jurisprudencial aplicable. Prueba de ello es que si revisa nuestra producción, podrá comprobar que en todas nuestras resoluciones utilizamos como insumo fundamental los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, así como los informes u opiniones consultivas de SERVIR, amén de nuestros propios precedentes vinculantes.

LPC: La posibilidad de revisión de las decisiones administrativas en sede judicial está consagrada en la Constitución misma, en su artículo 148. Ninguna resolución dictada en sede administrativa puede o debe escapar de ese control, menos aún del de constitucionalidad, el cual abarca no solamente este ámbito, sino todo el desarrollo de las funciones del Estado, en general. El control de la validez de nuestras decisiones, sea desde el punto de vista del Poder Judicial o desde el de la constitucionalidad, realizado por el Tribunal Constitucional, es propio de nuestro sistema jurídico, por lo que no puede ser considerado como un recorte o una intromisión. Un control posterior que permita tener una mayor certeza de la validez de una decisión es, desde mi punto de vista, positivo.

OGC: La jurisprudencia judicial o del Tribunal Constitucional no debe ser materia de preocupación del Tribunal del Servicio Civil, teniendo en consideración que somos una instancia administrativa cuyas resoluciones pueden ser recurridas en el ámbito jurisdiccional. Lo que sí tomamos en consideración es, precisamente, el contenido de esa jurisprudencia, en especial la

¿Cuáles son las bases o estándares de un debido procedimiento administrativo disciplinario?

(Oscar Gómez Castro)

Los estándares o bases de un debido procedimiento administrativo disciplinario tienen necesariamente su origen en el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el mismo que reconoce a los administrados el goce de los derechos y garantías del debido procedimiento administrativo; que comprende de modo enunciativo, mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y a impugnar las decisiones que los afecten y son de indudable aplicación en su tramitación.

Otra garantía del debido procedimiento, y en especial cuando se está frente al ejercicio de la potestad sancionadora, es la sujeción a los principios de legalidad y tipicidad. El primero establece que solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado. El segundo, que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o norma de similar jerarquía permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

referida al empleo público, con la finalidad, en la medida de lo posible, de mantener la coherencia que corresponde.

Los tribunales administrativos suelen construirse temporalmente llamando a expertos y académicos para integrarlos. Pero ¿es la mejor solución? ¿No sería bueno pensar en tener un sistema de tribunales más permanentes? ¿Se puede hablar de eso?

CGMM: De hecho, el primer Tribunal del Servicio Civil, que fue creado por el Decreto Legislativo N° 276 a inicios de los ochenta, sesionaba en forma permanente y sus vocales cumplían funciones a tiempo completo y dedicación exclusiva, modelo seguido por el Tribunal Superior de Responsabilidades de la Contraloría y otros tribunales administrativos, como el Tribunal Fiscal. Entre las ventajas de esta opción, derivadas de la dedicación exclusiva, es que debiera contribuir a una producción más constante y a la uniformidad de criterios por la interacción permanente entre vocales, lo que, sin lugar a dudas, contribuye a la

calidad de las resoluciones que se emite, habida cuenta que el Tribunal está integrado dentro de la estructura administrativa de la entidad (p. ej. la Contraloría). Sin embargo, creo que el modelo con base el cual ha venido funcionando el Tribunal por más de una década tiene una ventaja: la combinación entre académicos y profesionales que están en la práctica legal –lo que se dice “en la cancha”–, y aportan la cuota de reflexión jurídica indispensable para abordar en profundidad las cuestiones que plantean los casos, lo que complementado con los aspectos procesales también permite construir criterios con permanencia en el tiempo, es decir, institucionalidad.

Refuerza esta posición el hecho de que los vocales cuentan con total autonomía resolutoria, lo que garantiza a los administrados independencia e imparcialidad en la resolución de sus reclamos.

LPC: En mi vida profesional he tenido el honor de pertenecer a dos tribunales administrativos, el primero en SERVIR y el segundo en la Contraloría

¿Cuál es su visión sobre la lentitud para incorporar entidades a la Ley del Servicio Civil? ¿Qué ha causado o causa esta demora?

(Carlos Guillermo Morales Morante)

Es un tema muy complejo sobre el cual no podría emitirle opinión como presidente del Tribunal, pues nuestras funciones son eminentemente resolutorias, por lo que no tenemos injerencia en el tema de la adecuación, que está a cargo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil como ente rector del Sistema de Administración de Gestión de Recursos Humanos del Estado.

Sin embargo, a título personal, como abogado y consultor en esta materia, considero que debe simplificarse el procedimiento de adecuación. La experiencia que estamos viviendo con la pandemia nos va a permitir revisar muchas prácticas a fin de reconducir la gestión pública hacia resultados y no tanto en la forma y los procedimientos, lo que le daría un nuevo impulso al proceso de adecuación.

Finalmente, creo que deben revisarse los incentivos que actualmente otorga el nuevo régimen del servicio civil, a la luz de nuestra actual realidad presupuestaria, para hacer los ajustes necesarios y replantear el proceso de adecuación, pues, como ha quedado demostrado, difícilmente tendría el alcance general que se propuso, por lo que podría hacerse por etapas y sectores, sin renunciar a una reforma integral del régimen laboral público.

General de la República, ambos conformados por profesionales de alto nivel, ambos de carácter no temporal, por lo que mi experiencia se limita a ese ámbito. Considero que es una buena forma de prestar funciones, sin embargo, no me atrevería a decir que la conformación de tribunales permanentes es de menor calidad o que desmejora el resultado obtenido. Creo que cada uno de ellos se ajusta a una realidad distinta, con necesidades propias.

OGC: Lo que tenemos en la actualidad son tribunales administrativos a tiempo completo y tribunales administrativos que sesionan periódicamente (semanalmente), en ambos casos son designados luego de un concurso público de méritos y a su vez son designaciones temporales. Considero que ambos modelos tienen ventajas y desventajas, pero difícilmente se puede afirmar que alguno de ellos es la mejor solución, dependerá de la realidad de la entidad, y especialmente de la decisión del legislador en cada caso, respetando siempre la autonomía de sus decisiones.

¿Cuál considera que ha sido el mayor legado del Tribunal del Servicio Civil durante vuestra gestión y cómo avizora el futuro del Tribunal?

CGMM: Considero que tres han sido las mayores contribuciones, partiendo de la premisa que este

ha sido un trabajo en equipo, un gran equipo. La primera ha sido la virtualización del trabajo y los procedimientos internos, que ha estado a cargo de nuestra Secretaría Técnica. Gracias a ello, el seguimiento de todo el proceso administrativo, desde su ingreso a mesa de partes, consulta del expediente por las partes, trabajo interno del equipo profesional y, por cierto, el despacho, sesiones de las salas y plenario, todo lo realizamos en forma virtual, para que, finalmente, se diligencie la notificación de las resoluciones a las partes a su casilla electrónica.

La segunda creo que han sido los precedentes vinculantes, que se han sustentado en los criterios legales que hemos venido construyendo en cada una de las resoluciones que hemos emitido, producto de las reflexiones surgidas en los debates en cada sesión en ambas salas, que no siempre han sido coincidentes, por lo que tuvimos que recurrir a la emisión de precedentes vinculantes para dotar de mayor seguridad jurídica de los administrados.

Y la tercera ha sido el ciclo de conferencias que en estas últimas semanas hemos dictado los miembros del Tribunal utilizando la plataforma de SERVIR –en el que analizamos los últimos precedentes vinculantes, con el apoyo de los profesionales de las salas como moderadores y con preguntas del público– que se encuentran en todas las redes sociales con miles de

reproducciones. Ha sido un verdadero broche de oro para el cierre de nuestra gestión. Otra excelente iniciativa de nuestra Secretaría Técnica. Lo considero un verdadero legado.

Respecto al futuro del Tribunal: las bases y buena parte de los pisos ya están construidos; para los nuevos vocales, el mayor de los éxitos y el cielo es el límite.

LPC: No podemos hablar de un mayor legado, pues existen varios. El haber resuelto, de manera técnica, todos los procesos que le han sido sometidos, gracias al nivel profesional que tiene el Tribunal, sea principalmente por el equipo técnico, liderado por la Dra. Risi, sea por los profesionales con los que he tenido el honor de alternar, es una meta cumplida muy importante. Pero no es la única, este Tribunal es un ejemplo para otros órganos de resolución de controversias por el alto nivel de especialidad, por el manejo tan completo de la tecnología con los expedientes digitales (desde el ingreso al Tribunal, hasta su salida, con las correspondientes notificaciones) y por encontrarse al día y sin pendientes, no dejando, para quienes tomen la posta, una carga pesada.

Adicionalmente, los precedentes administrativos de observancia obligatoria expedidos por este Tribunal, así como por quienes nos antecedieron, permiten complementar de manera adecuada el marco normativo, haciendo que los operadores puedan cumplir sus funciones de manera más simple y clara.

El futuro del Tribunal está en manos de gente capaz y técnicamente solvente, pues los vocales

somos solamente aves de paso que tratamos, dentro de nuestras limitaciones, de estar a la altura del bien ganado prestigio de este órgano colegiado. Solamente puedo esperar que se mejore lo hecho hasta la fecha y desearles suerte a quienes asuman esta responsabilidad en su oportunidad.

OGC: Afirmar que la gestión del actual colegiado del Tribunal tiene un mayor legado resulta muy complicado, más aún si el rol fundamental del día a día de la labor del Tribunal está a cargo de una Secretaría Técnica que desarrolla sus labores con altos niveles de eficiencia.

Sin embargo, importantes logros que colectivamente se han alcanzado pueden ser: el consenso para resolver los diversos procedimientos sometidos a nuestra consideración; igualmente, el mencionado avance alcanzado en transformación digital, el administrado es el eje del procedimiento; no menos importantes son los precedentes administrativos de observancia obligatoria, aprobados en los últimos meses que van a permitir a las entidades tramitar los procedimientos con las reglas más claras y con la predictibilidad que siempre se reclama.

Con relación al futuro del Tribunal, queda claro que la solvencia profesional y técnica del personal de la Secretaría garantizan su continuidad y eficiencia; claro que siempre será posible implementar nuevos objetivos y plantearse nuevos retos.

Solamente puedo esperar que se mejore lo hecho hasta la fecha y desearles éxito a quienes asuman esta importante responsabilidad.



Análisis

Laboral

Director Luis Aparicio Valdez

Vol. XXV N° 286 Abril 2001



Publicaciones que dan la vuelta

Journal of Comparative Law

Journal of Comparative Labour Relations

COMPARATIVE LABOR & INDUSTRIAL LAW JOURNAL

ANÁLISIS LABORAL

Journal of Law Journal

obnum

EN CINCO CONTINENTES

ANÁLISIS LABORAL ha alcanzado un acuerdo de colaboración orgánica con importantes revistas con las que integra el Club Internacional de Publicaciones Periódicas del Trabajo

- Análisis Laboral, Perú
- Arbeit und Recht, Kassel, Alemania
- Comparative Labor Law and Policy Journal, Estados Unidos
- The Industrial Law Journal, Oxford, Gran Bretaña
- Comparative Labour Law and Industrial Relations, Gran Bretaña
- Japan Labor Bulletin, Tokio, Japón
- Lavor e Diritti, Bologna, Italia
- Australian Journal of Labour Law, Australia
- International Comparative Labour Relations, Sudáfrica
- Journal of Law Journal, Sudáfrica
- Trabalho e Emprego, Brasil

Análisis Laboral, rumbo a los 25 años

Analisis desde el punto de vista laboral del D.S. N° 136-2000-EF

Luigino Pilotto Carreño (*)

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 1° del D. S. N° 136-2000-EF, todas las Empresas del Estado sujetas al ámbito del FONAFE, quedan prohibidas de celebrar todo tipo de contratos que implique la adquisición de bienes y/o servicios, o de prestaciones de carácter laboral, civil, comercial y mercantil, bajo responsabilidad de sus órganos de dirección, desde el 27.11.00 hasta el 01.12.00.

Tal disposición no acarrea por sí misma, ninguna consecuencia de carácter laboral. Su aplicación está circunscrita al ámbito del régimen de contratación del Estado, regulado por la Ley N° 26850 y su Reglamento el D. S. N° 039-98-PCM.

Sin embargo, el segundo artículo de dicha norma establece que los contratos de trabajo y de locación de servicios con personas naturales, celebrados desde el 01.11.00, deberán ser resueltos.

La presente norma ha sido publicada el domingo 26.11.00, entrando en vigencia al día siguiente de su publicación.

Teniendo en consideración que el presente análisis está referido a las consecuencias laborales de dicho dispositivo legal, nos centraremos única y exclusivamente a aquellos aspectos relacionados con los contratos de trabajo.

II. ANÁLISIS LEGAL

• **Ámbito de Aplicación de la Norma**

1. De acuerdo con el tercer párrafo de los Considerandos, así como con el texto de los artículos 1° y 2° de la norma, ésta está destinada para todas aquellas Empresas y/o Entidades que se encuentren bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE.

• **Ámbito de Aplicación de la Prohibición Impuesta**

1. La prohibición impuesta por la norma recae sobre las siguientes situaciones jurídicas, dentro de las cuales se encuentran comprendidas las generadas como consecuencia de la suscripción de Contratos de Trabajo (pueden ser sujetos a modalidad [a plazo fijo] o a plazo indeterminado), así como los contratos civiles. Hacemos referencia a estos últimos teniendo en consideración que dentro de las Empresas del Estado, existen diversas personas que brindan servicios laborales bajo contratos de tipo civil, bajo el régimen denominado Servicios no Personales.

• **Que se entiende por contrato**

De acuerdo con el artículo 1351° del Código Civil (C.C.), el contrato "...es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial."

Como se puede apreciar, el contrato puede ser verbal o escrito, basta que busque la creación, regulación, modificación o extinción de una relación jurídica patrimonial. Es importante que tenga contenido patrimonial para que sea considerada como un contrato.

Toda vez que un contrato es también el documento que modifica un acuerdo de voluntades anterior, las Cláusulas Adicionales que amplían el término de la vigencia de una relación contractual, es también un contrato, por lo que estaría comprendida dentro de la prohibición decretada.

Esto también significa que, de haber concluido la vigencia de algún contrato dentro de ese período, no sería factible efectuar una ampliación de la vigencia del mismo ni suscribir válidamente una cláusula durante la referida semana. De haberse realizado, la relación laboral sería nula, al haber contravenido una disposición expresa.

• **La Resolución de los Contratos Laborales y de Locación de Servicios**

1. Concepto de Resolución

– Antes de analizar el tratamiento otor-

gado a los contratos laborales y de locación de servicios, debemos tener presente que es lo que significa Resolver un contrato.

– El artículo 1371° del Código Civil establece que "La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración."

– Esto quiere decir varias cosas. Para empezar, el vínculo contractual era válido, es decir que los efectos que éste producía tenían pleno valor legal.

– La causa que genera la disolución del vínculo contractual se genera con posterioridad a la entrada en vigencia del mencionado acuerdo.

– Esto significa que:

a) El contrato suscrito con posterioridad al 01.11.00, era válido.

b) La causa de su resolución no se debe a ninguna condición existente al momento de celebrarse, sino a una posterior que, en el presente caso, está contenida en el mandato legal.

c) Los efectos que pudieran haber generado dichos contratos durante el tiempo que estuvieron vigentes, son plenamente válidos para las partes suscribientes.

2. **Ámbito de aplicación del mandato resolutorio**

– Este se aplica sobre todos los contratos suscritos por las entidades y empresas que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de la presente norma.

– Para que resulte aplicable dicho mandato, basta que el contrato laboral o de locación de servicios suscrito con personas naturales, así como a sus renovaciones, se hayan suscritos con posterioridad al 31.10.00.

3. **Consecuencias de la Resolución de los Contratos Laborales**

– Tal como la misma norma lo deter-

(*) Profesor de la Maestría de Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

mina, los contratos laborales y sus prórrogas, suscritos con posterioridad al 01 de noviembre, deberán ser resueltos.

– Este tipo de resolución genera como consecuencia, la realización de un despido arbitrario, sujeto solamente al mandato legal.

– Cabe precisar que las normas legales contenidas dentro del artículo 16° del D.S. N° 003-97-TR, no determinan la existencia del mandato legal como causa justa de extinción del contrato de trabajo.

– Si bien es cierto que, dentro de las causas objetivas de terminación de la relación laboral previstas en el artículo 46°, están aquellas generadas por el caso fortuito y la fuerza mayor (inciso a), el presente supuesto no se encuentra enmarcado dentro de la misma, pues esas causas objetivas están referidas al caso de un cese colectivo de personal. En el presente caso se trata de la aplicación de una norma a contratos específicos, individuales.

– Esto presenta dos aristas:

a) En caso de trabajadores sujetos a contratos a plazo indeterminado. En dicho caso, la indemnización por despido arbitrario a pagar será la prevista en el art. 38° del D.S. N° 003-97-TR, vale decir 1 1/2 remuneración por cada año completo laborado, hasta un límite de 12 remuneraciones. En caso de existir fracciones de año, la indemnización se pagará por dozavos y por treintavos, según sea el número de meses y días que se haya prestado servicios.

En el presente caso, será de aplicación el pago de la indemnización por treintavos, de acuerdo con el número de días laborados.

b) En el presente caso, al tratarse de un despido arbitrario, el pago de la indemnización por despido arbitrario está supeditada a que hubiesen superado el período de prueba, cosa que, en principio, no se presenta en el actual supuesto, teniendo en consideración que éste, como mínimo, debe ser de 3 meses, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 10° del D.S. N° 003-97-TR.

Sin embargo, hay que tener presente que, en caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso, los períodos laborados se suman a efectos de completar el período de prueba.

En caso hubiese sucedido que un ex-trabajador reingresase a una Empresa del Estado después del 31.10.00, habiendo ya cumplido con laborar durante el período de prueba, al resolverse el nuevo contrato laboral, se habrá realizado un

despido arbitrario, por lo que le deberá pagar la indemnización correspondiente al tiempo laborado con posterioridad al período de prueba. Lógicamente, el término trabajado antes del reingreso, no puede formar parte de la base de cálculo para la indemnización a pagar.

El Reglamento del D. Leg. N° 728, aprobado por D.S. N° 001-96-TR, en su artículo 16°, determina que para que opere la acumulación de los períodos de prueba, en caso de reingreso o suspensión, no deben haber pasado tres años o que el reingreso se haya efectuado a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente.

c) En caso de trabajadores con contratos sujetos a modalidad, el monto de la indemnización será el previsto en el art. 76° del mencionado D.S. N° 003-97-TR, vale decir, 1 1/2 remuneración por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con un límite de 12 remuneraciones. En el presente caso no existe la aplicación de dozavos y/o treintavos.

Esto significa que si existe un trabajador en ENAPU S.A. que haya sido contratado después del 31.10.00, se le deberá resolver el contrato y pagar 1 1/2 remuneración por cada mes que hubiera podido trabajar en la Empresa y no lo hizo, hasta un máximo del equivalente a 12 remuneraciones.

d) En este segundo supuesto, el pago de la indemnización, resulta aplicable solamente en el caso de renovaciones, siempre y cuando, hubiesen superado el período de prueba. Cabe precisar que, de acuerdo con lo previsto por el art. 75° del D.S. N° 003-97-TR, éste es el mismo que el que se aplica a las relaciones a plazo indeterminado, vale decir, un mínimo de tres meses.

4. Contratos de Locación de Servicios

– El supuesto previsto dentro de la norma bajo análisis, está referido a los contratos civiles suscritos y a sus ampliaciones de plazo.

– Uno de estos supuestos es el conocido dentro de la Administración Pública como Servicios No Personales o SNP.

– Esto quiere decir que se refieren a aquellos que están previstos dentro del inciso e del art. 34° de la Ley de Impuesto a la Renta, aprobada por el Dec. Leg. N° 774.

– Estos son: *“Los ingresos obtenidos por el trabajo prestado en forma independiente con contrato de prestación de servicios normados por la legislación civil,*

cuando el servicio sea prestado en lugar y horario designado por quien lo requiere y cuando el usuario proporcione los elementos de trabajo y asuma los gastos que la prestación del servicio demanda.”

– Sin embargo, al no hacer distinción la norma sobre el tipo de contrato al cual se aplica, de manera específica, resulta necesario tener presente que éste es de aplicación sobre todos aquellos contratos de locación de servicios celebrados con posterioridad al 31 de octubre del 2000, bastando para ello que se hubieran celebrado con una persona natural. Los celebrados con personas jurídicas no se ven afectados por este dispositivo.

– Como se puede apreciar, es una norma dirigida básicamente contra los contratos laborales o pseudo laborales suscritos después del 31 de octubre, se trate del principal o de las ampliaciones del mismo.

III. CONCLUSIONES

1. La resolución de contratos laborales y de locación de servicios está referida a los nuevos contratos y a aquellos que han sido materia de renovación (cláusula adicional) a partir del 01.11.00.

2. En los contratos de trabajo se pagará la indemnización, como consecuencia de la aplicación del D.S. N° 136-2000-EF, si se hubiese superado el período de prueba. Este se genera como consecuencia de no encontrarse previsto el mandato legal como causa justa de disolución del vínculo laboral.

3. En el caso de aquel suscrito a plazo indeterminado, ésta resultará aplicable en los casos de reingreso al centro de trabajo, en los cuales se hubiera superado el período de prueba. Para el cómputo del referido período se deberá sumar ambos períodos laborados para la Empresa, lo cual no es aplicable para el caso del cálculo de la indemnización.

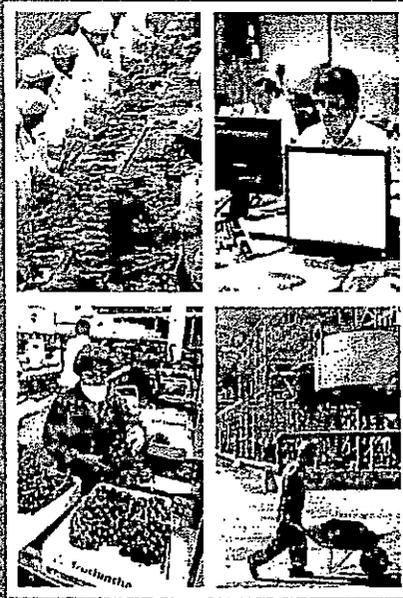
4. Esa sumatoria no es aplicable en los casos de reingreso a un puesto radicalmente distinto al ocupado previamente o en el caso que hubieran pasado más de tres años de la resolución del vínculo laboral.

5. La resolución de los contratos de locación de servicios, está referida a aquella relacionada con lo que se conoce como Servicios No Personales, o renta de cuarta quinta. □



Nueva Ley Procesal del Trabajo

LEY N° 29497



Además:
Normas Complementarias
Doctrina



LA CELERIDAD EN EL PROCESO LABORAL

Por: **Luligno PILOTTO CARREÑO**⁴⁵⁹

1.- A MODO DE INTRODUCCIÓN

Los principios dentro de la legislación sobre Derecho del Trabajo, sea desde el punto de vista sustantivo que desde el procesal, siempre han quedado en un espacio muy ideal y vinculado principalmente al criterio que adopte sobre ellos, tanto la jurisprudencia como la doctrina. Inclusive, cuando se hace referencia a ellos, se busca que sea realizada de la manera más genérica. Sin embargo, esto no les quita ni fuerza ni valor, al momento de ser necesaria su aplicación.

Dentro del Derecho Procesal de Trabajo, la aplicación de principios es de vieja data. Ya encontramos antecedentes dentro del derecho romano, en los cuales se otorgaba, en ciertas oportunidades, fórmulas sacramentales o, en otros, en los que se dejaba los mismos al criterio del juez, otorgándoles inclusive, la facultad de empezar proceso y de continuarlos.⁴⁶⁰

Es cierto también que los principios tienen una validez que no es objetada por nadie. En tal sentido, para que tengan una aplicación más frecuente, es necesario que, cuando menos, sean recogidos dentro de la legislación, de tal forma que no queden dentro del marco de un querer ser, es decir, de un deseo más que de una realidad tangible.

En ese contexto, debemos tener claro que los principios rigen sobre todo el derecho, en especial, en el presente caso, sobre todo el proceso, son de aplicación obligatoria, debiendo ser observados por todas las partes que participan en el mismo. Su aplicación permite que se mantenga la armonía dentro del proceso.

Dentro del Derecho Procesal del Trabajo, el principio de celeridad es reconocido, de manera expresa en diversas legislaciones extranjeras, como es el caso de la mejicana, la cual, en el artículo 685º de la Ley Federal del Trabajo, determina cuáles son los principios aplicables al proceso laboral mejicano, detallando entre ellos, el denominado "inmediato".⁴⁶¹

(459) Profesor de Derecho del Trabajo en ESAN. Abogado con estudios de postgrado en Laboral en la Universidad de Bologna - Italia. Gerente de la Oficina General de Asesoría Jurídica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales - ONPE.

(460) DE BUEN. Néstor. Derecho Procesal del Trabajo. Décimo Tercera Edición. Tercera Reimpresión. México. 2006. Pág. 68.

(461) "Artículo 685º.- El proceso del derecho del trabajo será público, gratuito, inmediato, predominantemente oral y se iniciará a instancia de parte. Las Juntas tendrán la obligación de tomar las medidas necesarias para lograr la mayor economía, concentración y sencillez del proceso.

Cuando la demanda del trabajador sea incompleta, en cuanto a que no comprenda todas las prestaciones que de acuerdo con esta Ley deriven de la acción intentada o procedante, conforme a los hechos expuestos por el trabajador, la Junta, en el momento de admitir la demanda, subsanará ésta. Lo anterior sin perjuicio de que cuando la demanda sea oscura o vaga se proceda en los términos previstos en el artículo 873º de esta Ley."

Asimismo, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela, del año 2002, Ley N° 37504 determina en su artículo 2º, de manera taxativa, el principio de celeridad.⁴⁶² En el Perú también tenemos consignado este principio como uno de los pilares básicos del proceso laboral en el Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo.

2.- EL PRINCIPIO DE CELERIDAD. ENTRE EL QUERER SER Y LA REALIDAD.

Mucho se habla del principio de celeridad y de cómo los procesos deben ser más céleres. Pero ¿Qué entendemos por celeridad?, Alfredo Montoya Melgar nos señala que:

"Principio de celeridad, según el cual, y dada la urgencia con que han de ser resueltas las pretensiones surgidas con ocasión de un conflicto de trabajo, el proceso debe gozar de la mayor agilidad de los plazos y sencillez de tramitación."⁴⁶³

Por otro lado, ya en resoluciones judiciales, como la expedida en el Expediente N° 1311/2005, se vinculaba la celeridad a la perentoriedad y la imposibilidad de prorrogar los plazos procesales, determinándose que, en dichos supuestos, se debe aplicar normas de sanción a quienes persigan dilatar innecesariamente el proceso.

Pero toda esta disquisición sobre la celeridad procesal se fundamenta en la premisa: *una justicia que tarda, no es justicia*. Inclusive, podríamos decir válidamente, que una sentencia tardía es una injusticia mayor dentro de un proceso laboral.

Una premisa que siempre debemos recordar los operadores del derecho es que el proceso no es un fin en sí mismo. Está creado para lograr obtener la justicia, de una forma eficaz. En tal sentido, como lo indica Oscar Ermida Uriarte:

"...el Derecho procesal tiene naturaleza instrumental, es accesorio al derecho sustantivo o material, porque la función del proceso es la de lograr la eficacia del Derecho sustantivo o material al que sirve."⁴⁶⁴

Dentro de ese contexto es que debemos entender la aplicación del principio de celeridad. No se debe hacer primar el cumplimiento de requisitos formales sobre la absolución del fondo del asunto ni escudarse en plazos extensos o en maniobras dilatorias para alargar indebidamente el proceso de administración de justicia. Tanto el proceso en sí mismo como nosotros sus operadores, no debemos olvidar que somos meros instrumentos para obtener un fin mayor, el cual es la determinación de la procedencia de un derecho reclamado.

(462) *"Artículo 2º. El juez orientará su actuación en los principios de unitariedad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad."*

(463) MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. Undécima Edición. España. 1990. Pág. 705.

(464) ERMIDA URIARTE, Oscar. "La Celeridad del Proceso Laboral" en Actualidad del Derecho del Trabajo. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Perú. 2009. Pág. 235.

Pero esta premisa básica para la aplicación de la celeridad dentro de nuestra realidad, se ve enfrentada a un sistema que busca ser bueno, sin jamás llegar a serlo, por lo menos hasta ahora. Las normas que regulan el proceso laboral, buscan que éste sea célere; pero al momento de su aplicación, se puede comprobar que el promedio nacional de duración de un juicio laboral supera en muchos casos, los 04 años, hasta la ejecución final de la sentencia.

Bien nos lo ha recordado Luis Vinatea Recoba, cuando analizando el proceso laboral bajo el ámbito de la Ley N° 26636, decía:

"El proceso laboral vigente permite que quien debe cumplir una obligación considere que le es más beneficioso y rentable incumplirla, porque sabe que si le exigen cumplir la obligación por la vía del proceso laboral cuenta como mínimo con un plazo de entre dos y tres años para realizarlo, a una baja tasa de interés y con probabilidades que la obligación principal (una suma de dinero) disminuya por efecto de un acuerdo con el trabajador."⁴⁶⁵

Esta realidad no es solamente nacional, es una tara que arrastran diversos países latinoamericanos. Basta leer lo expresado por el Doctor Néstor de Buen cuando manifiesta que *"No obstante, los juicios son largos, con duraciones de años en muchos casos..."*⁴⁶⁶. No se puede hablar de celeridad sin tener presente que el problema principal de nuestras realidades, es la efectiva carencia de la misma en casi cualquier proceso judicial.

Parece que no se tiene presente el significado de un proceso laboral. Un trabajador por lo regular, cuando demanda a su empleador, busca que se le restituya el ejercicio de un derecho indisponible, el cual, en la mayor parte de los casos, puede tener una naturaleza de alimentario. Basta recordar que el mayor porcentaje de las demandas están vinculadas a temas como el pago de remuneraciones, de beneficios sociales o de Compensación por Tiempo de Servicios.

Eduardo Couture, citado por Mario Pasco Cosmópolis,⁴⁶⁷ ya señalaba que:

"Por otra parte es menester recordar que en el procedimiento, el tiempo es algo más que oro, es justicia. Quien dispone de él tiene en la mano el triunfo. Quien no puede esperar se sabe, de antemano, derrotado. No es posible desconocer que un proceso que dura tanto tiempo constituye una tentación para el litigante malicioso. Siendo notorio que es posible vencer por fatiga, cuando no se puede vencer en derecho..."

(465) VINATEA RECOBA, Luis. "La Oralidad en el Proceso Laboral" En el Diario Oficial El Peruano de fecha 21 de octubre de 2009.

(466) DE BUEN, Néstor. "Celeridad Procesal en Méjico" en Actualidad del Derecho del Trabajo. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Perú. 2009. Pág. 217.

(467) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "La Celeridad Procesal: ¿Un Desideratum, una Entelequia? En Actualidad del Derecho del Trabajo. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Perú. 2009. Pág. 254.

Esta premisa tan genialmente planteada por el gran maestro uruguayo, es aplicable con una crudeza evidente en los procesos laborales peruanos, pues en muchos casos, dada la duración de la tramitación de los mismos, esos derechos indisponibles se convierten en transables, por lo que un trabajador puede renunciar a sus pretensiones por importe inferiores a los que realmente les correspondería. Ese lado humano y ético del proceso laboral, no es tomado en consideración, al momento de ventilarse un proceso judicial.

Ahora bien, con la finalidad de dar cumplimiento a este principio, el Estado debe plantearse metas que sean alcanzables y que no se queden en el mero desarrollo teórico dentro de una norma. El ejemplo más evidente de esto es el que puntualiza Efrén Córdova, cuando señala en su artículo *"Es en cambio exagerada la premura de los plazos perentorios que se fijan para dictar sentencia. Tal como se advirtió antes, los 60 minutos que como máximo concede el artículo 158º para dictar sentencia, representa a todas luces un término demasiado corto y drástico."*⁴⁶⁸

En tal sentido, nuestra búsqueda de la celeridad procesal debe pasar por hacer que las normas sean lo más cercanas a nuestras propias realidades, intentando, cuando menos, que éstas establezcan requisitos y términos que sean susceptibles de ser cumplidos y que se sustenten en la razonabilidad de los mismos, caso contrario, podemos caer en ejemplos como el mencionado, el cual, resulta evidente que no puede mayormente ser cumplido.

Pero el llegar a la celeridad procesal no pasa solamente por tener buenas normas. También, como dijimos previamente, debe involucrarse a los operadores, pues su rol es más que trascendente en la obtención del mismo. En muchos casos, inclusive el papel que éstos juegan puede resultar contrario a estos intereses, alargando por necesidades particulares, los tiempos que se requieren para solucionar el conflicto.

Al hacer este análisis dentro de nuestra doctrina, podemos encontrar que el Doctor Elmer Huamán⁴⁶⁹ hace referencia a que, en la actualidad los procesos laborales no se desarrollan de manera célere, sino más por el contrario, la lentitud de los mismos es significativa, lo cual demuestra, de manera evidente (aunque yo diría cruel), que la celeridad no es más que retórica.

Algunos pueden pensar que el hecho que sea o no célere un proceso laboral, no es de la incumbencia de la población en general. Falso, pues no solamente existe la posibilidad que cualquiera de nosotros pueda verse involucrado dentro de uno, sino

(468) CORDOVA, Efrén. "Ley Orgánica Procesal del Trabajo a la Luz de la Legislación Comparada" en Gaceta Laboral. Enero - Abril 2004. Universidad de Zulia. Venezuela. Pág. 17.

(469) HUAMÁN ESTRADA, Elmer. "El Proceso Abreviado Laboral en el Nuevo Proceso de Trabajo como vía igualmente satisfactoria en Revista Soluciones Laborales - Marzo 2011. Perú. Pág. 25.

que un proceso lento, resulta costoso para el mismo Estado, pues se despilfarran los recursos, resultando en algunos casos, que lo reclamado sea inferior al costo económico del proceso. Si a esto sumamos el aspecto social, podremos darnos cuenta de la magnitud del problema.

3.- LA CELERIDAD, LA CONCENTRACIÓN Y LA ECONOMÍA PROCESAL.

Ya hemos visto qué entendemos por celeridad. Pero ¿Qué es la concentración? Es la búsqueda del desarrollo del proceso en el menor número de pasos o actuaciones procesales. Leopoldo Gamarra, en consonancia con esta premisa, señala que:

*"Entonces de lo que se trata es de concentrar los actos procesales al menor número posible: Ello serviría para proteger al trabajador, al no prolongarse el juicio innecesariamente..."*⁴⁷⁰

Considero que la celeridad es un fin superior y la concentración una de las herramientas para lograrlo. En tal sentido, deberíamos considerar subsumido dentro del principio bajo análisis, la concentración, pues la única finalidad que ésta persigue, es la de lograr una mayor rapidez en la tramitación de un proceso laboral.

Esta herramienta es utilizada dentro de la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el proceso abreviado laboral, en el propio proceso ordinario laboral y en la impugnación de Laudos Arbitrales Económicos. En el primer supuesto, por ejemplo, en la Audiencia Única, se reúnen diversas actuaciones procesales tales como conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia.

En el segundo supuesto, en la audiencia de juzgamiento se concentran la confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, separando de ella, la conciliación.

Finalmente, en el último, el procedimiento resulta bastante similar al que se sigue en una acción de amparo, donde las partes conjuntamente con la demanda y la contestación, adjuntan las pruebas necesarias, las mismas que son evaluadas por el juzgador, al momento de resolver, sin que exista la posibilidad de alargar indebidamente el proceso, pues en un solo acto final, se reciben los alegatos y se dicta sentencia.

La concentración busca que los actos procesales se realicen sin solución de continuidad y, como consecuencia de ello, que no existan plazos que los interrumpen o separen. En tal sentido, con la concentración ahorramos en tiempo, dándole al proceso la celeridad buscada.

(470) GAMARRA VILCHEZ, Leopoldo. "Principios del Derecho Procesal del Trabajo" en libro colectivo Aportes para la Reforma del Proceso Laboral Peruano. Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Perú. 2005, Pág. 39.

Ahora bien, entonces la economía procesal ¿Qué es?. Ya Mario Deveali nos hacía presente que *"La economicidad en sentido propio constituye una aplicación del principio general que rige toda la actividad de la administración pública, según el cual ésta tiene el deber de realizar sus finalidades con la más meticulosa economía del dinero público."*⁴⁷¹

Luis Vinatea y Jorge Toyama⁴⁷², al escribir sobre este principio y su inclusión dentro de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, señalan que con el mismo se busca una mayor economía de tiempo y de energía así como que los intervalos entre los actos procesales sean breves.

Coincidimos con los mencionados autores cuando señalan que a mayor celeridad, mayor economía dentro del proceso. En este caso, existe una relación muy íntima entre ambos principios, pues uno es la consecuencia del otro, en una relación de dependencia muy estrecha.

Inclusive, podría considerarse con cierto grado de certeza, que la celeridad es un instrumento para lograr la economía procesal. Tal como Marianella Ledesma señala, *"...podemos decir que el principio de economía que gobierna al proceso, cualquiera sea su denominación, o especialidad, procura la agilización de las decisiones judiciales, haciendo que los procesos se tramiten de la manera más rápida y menos costosa en dinero y tiempo."*⁴⁷³

Ya el Poder Judicial, en la sentencia recaída en el Expediente N° 747-95, señalaba que la dirección del proceso debe buscar la reducción de los actos procesales sin que ésto deba afectar el cumplimiento de las disposiciones legales que los regulan.

4.- CAUSAS DEL RETRASO PROCESAL.

Mario Pasco Cosmópolis⁴⁷⁴ hace un análisis muy acertado de las diversas causales que pueden generar el retraso dentro del proceso laboral peruano. El primer gran obstáculo para la aplicación de la celeridad dentro de nuestra realidad, está en las normas que se emiten para su regulación.

Cuando éstas son extremadamente formalistas, haciendo primar el cumplimiento del procedimiento sobre la finalidad que persigue el proceso mismo, se genera un retraso inadecuado para la obtención de la justicia. Si a esto sumamos la posibilidad de poder impugnar cualquier decisión adoptada, por pequeña y poco trascendente en el proceso que esta fuera, añadimos por la vía de la norma, posibles factores que impiden el cumplimiento del principio de celeridad.

(471) DEVEALI, Mario L. *Líneamientos de Derecho del Trabajo*. Argentina. 1948. Pág. 89.

(472) VINATEA HECOBA, Luis y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Análisis Normativo. Gaceta Jurídica. Perú. 2010. Pág. 31.

(473) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I. Perú. 2009. Pág. 43.

(474) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Op Cit.*

Este tipo de esquemas, en los cuales los formalismos se encuentran muy vinculados al desarrollo del proceso mismo, los podemos encontrar con mayor incidencia en aquellos sistemas que hacen primar lo escrito sobre lo oral. Regularmente, todo proceso que se sustenta en documentación escrita, tiende a tener plazos extremadamente largos.

Asimismo, no basta con hacer que un proceso tenga una regulación adecuada. Es necesario premunir a quien lo dirige, de facultades que le permitan una adecuada conducción del mismo. Es decir, debemos permitir que los jueces, en las diversas instancias, puedan cumplir con los plazos contenidos dentro de las normas procesales, a fin que éstos no se queden en el ámbito de lo deseable. Se deben otorgar los poderes suficientes que le permitan dirigir de manera real, el proceso.

Pero todo lo antes descrito, no es suficiente si los demás actores procesales no cumplen su parte, comenzando con los propios auxiliares de justicia. De qué sirve que se llegue a la sentencia rápidamente, si la ejecución de la misma se ve demorada por pericias contables que no se realizan oportunamente o por aquellas que no se elaboran adecuadamente.

Cabe precisar que, en algunas ocasiones, en las pericias contables, como por el ejemplo la que se utiliza para la determinación los importes a pagar por concepto de intereses generados por las sumas adeudadas, requieren de un tiempo que resulta apreciable para cualquier trabajador que reclama sus derechos.

Sin embargo, este tipo de cálculos resulta de la aplicación de factores que se encuentran ya predeterminados, de manera oficial, por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, los mismos que se encuentran publicados en su página web. Teniendo presente que las fechas en las que se generaron las obligaciones se encuentran ya establecidas en el proceso (pues se ha adjuntado la documentación de las mismas), el cálculo es eminentemente objetivo, pues se limita a la aplicación de los referidos factores. Al ser un hecho objetivo no sujeto a ninguna consideración personal, no sólo no requiere de un tiempo considerable, sino que desde mi punto de vista, considero que sería dilatorio permitir que alguna de las partes pudiera presentar observaciones a las mismas.

Asimismo, la conducta adecuada de los directamente interesados en el resultado del proceso, tampoco resulta la más conveniente. So pretexto de defender a un cliente, se interponen los más variados recursos impugnatorios, a veces sabiendo que no se tiene la razón, hecho que alarga el proceso y, por lo tanto, se puedan abrir nuevas vías de solución, en desmedro de los derechos reclamados.

Néstor de Buen nos recuerda que *"Quizá habría que concluir que en este tema de la celeridad intervienen otros factores. Uno de ellos, no previsto en la ley, es el de la múltiple ocupación de los litigantes que en función de otros compromisos urgentes desean posponer*

la continuación del procedimiento. No se trata de una razón legal pero sí de un hecho más que evidente.⁽⁴⁷⁵⁾

En tal sentido, resulta claro que no es suficiente una buena norma, un buen juez o un buen auxiliar; nosotros los abogados, debemos cambiar de actitud y entender que no es ético que alargemos un proceso de manera inapropiada, sólo por el simple hecho de retrasar la ejecución de una obligación debida, buscando tal vez, la posibilidad de obtener un acuerdo con el trabajador que concluya con el proceso a un menor costo para el empleador.

A esto debemos sumar un factor adicional que coadyuva con la demora en los procesos. Nos referimos a la infraestructura que es puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y a la poca capacitación que se proporciona al personal para su utilización. Podríamos decir que, en algunos casos, la computadora no es más que una nueva versión de la máquina de escribir, continuándose con la impresión de toda la documentación de un proceso, la cual pasa a formar parte de un expediente físico que, en ocasiones, puede llegar a tener más de un tomo.

Mientras no se otorgue los instrumentos necesarios para la adecuada administración de justicia y no se brinde a todos sus operadores, la capacitación necesaria para la utilización de los mismos, siempre encontraremos en esta causal, un escollo para la total aplicación del principio de celeridad procesal.

5.- ALCANCES SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, ya recogía este principio dentro de aquellos que eran rectores del proceso laboral peruano. En efecto, el Artículo I del Título Preliminar de dicha norma, se hacía referencia expresa al mismo. Sin embargo, mantenía un esquema de proceso escrito, con una relativa concentración de actos procesales, lo cual generó que, en la realidad, no resultara de aplicación.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, no solamente incluye el principio de celeridad dentro del Artículo I de su Título Preliminar, sino que, como vimos previamente, busca una mayor concentración de actos procesales, buscando evitar que se realicen actuaciones dilatorias que impidan la rápida solución del conflicto.

Adicionalmente, los plazos procesales se han reducido, hecho que motiva que las actuaciones procesales estén más cercanas entre sí. A esto debemos sumar además que la nueva normativa da un mayor énfasis a las fórmulas anticipadas de resolución del conflicto, tal como la conciliación, el allanamiento, la transacción, el desistimiento y el abandono.

(475) DE BUEN, Néstor. Op. Cit. Pág. 230.

Sin embargo, el tratamiento para dictar sentencias, sea en primera o en segunda instancia, copia, de manera bastante fiel, la fórmula contenida en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela, la misma que recibiera una calificación de demasiado corto y drástico, por parte de Efrén Córdova, como detalláramos previamente.

Asimismo, se otorga a la oralidad, un papel más trascendente, hecho que, en sí mismo, repercute en la reducción de los formalismos innecesarios y, por lo tanto en los tiempos necesarios para emitir sentencia. El hecho que el artículo 12º de la Ley señale que la oralidad es la regla a aplicar dentro de un proceso y que las actuaciones deberán ser grabadas en audio y en video para ser incluidas dentro del expediente, revela un interesante giro que se aleja de los esquemas tradicionalistas, hasta ahora imperantes dentro de nuestro ordenamiento procesal.

Debemos sumar además que existe una evidente limitación en la utilización de recursos impugnatorios, lo cual, impide la realización de actuaciones impropias que dilatan la conclusión del proceso.

Finalmente, ya no es necesario realizar todas las notificaciones a través de medios físicos (cédulas) para que éstas surtan efecto. Pueden, para tales efectos, utilizar los medios informáticos disponibles, tales como los correos electrónicos.

Entonces podemos abrigar esperanzas que este último esfuerzo legislativo tenga mayores probabilidades de éxito que todas las anteriores fórmulas normativas.

6.- A MODO DE CONCLUSIÓN.

Coincidimos que la falta de celeridad es una de las taras más importantes y más crueles de la aplicación de las normas procesales en el Perú. En materia laboral, esta cruda realidad se ve enfrentada con necesidades humanas apremiantes, dada la calidad especial que tienen los derechos invocados por los trabajadores. Recordemos que las prestaciones laborales tienen un carácter alimentario no solamente de la persona que reclama el derecho, lo cual en sí mismo, sería suficiente, sino también tiene esta misma condición para todos los miembros de una familia.

La dación de una norma que, como vimos, busca otorgar una mayor rapidez en la solución de los conflictos laborales, forma parte de la solución, sustentado en la oralidad del proceso. Sin embargo, no se puede considerar que ésta sea la solución final para la obtención de la celeridad. Debemos sumar otros factores que permitan consolidar la esperanza de obtención de resultados positivos.

Asimismo, a manera de aporte a la mejora de los estándares de celeridad del proceso judicial, se debería repensar que, en algunos supuestos, como el de la pericia contable para el cálculo de intereses debe ser enviada a los peritos o basta con contar dentro del juzgado con un programa informático que permita su determinación directa, ingresando solamente los importes y las fechas de inicio de las obligaciones, toda vez que el artículo 63º de la Nueva Ley Procesal del Trabajo así lo permite.

En caso que éste se implemente, al ser un hecho objetivo y no sujeto a voluntad de las partes, debería limitarse la posibilidad de observación a errores en el ingreso de datos y no a la determinación de los importes a cancelar por concepto de intereses.

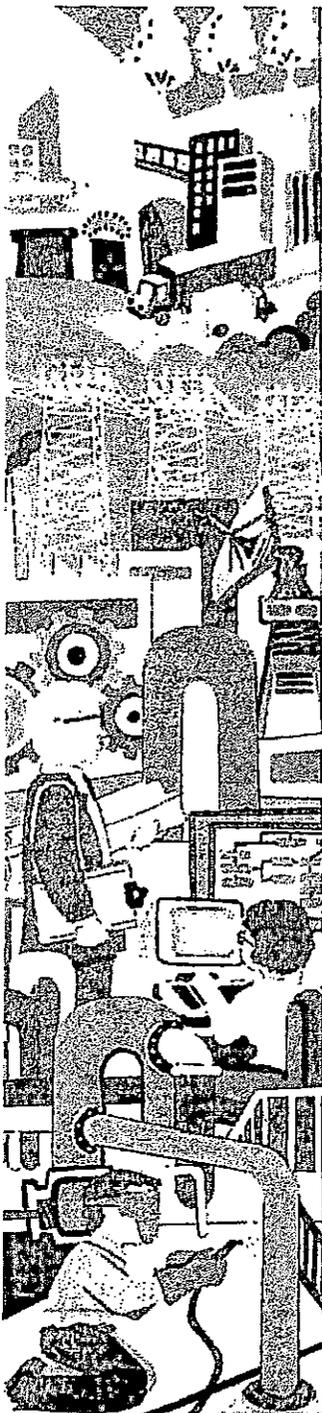
Nos referimos al otorgamiento de los recursos necesarios para la implementación de la norma, es decir, la obtención de infraestructura que resulte indispensable para tal fin, así como a la capacitación de sus operadores.

Pero esos operadores, una vez que cuenten con los instrumentos e instrucciones apropiadas, recuerden siempre que todos éstos, incluyendo las personas que intervienen en el proceso, fuera de las partes, somos meros instrumentos que perseguimos la determinación de la verdad dentro del proceso y, por lo tanto, formulismos exagerados, alargamiento de plazos o cualquier otra medida que impida una obtención de resultados de manera rápida, deben ser desterrados.

Asimismo, nosotros, los abogados, debemos asumir nuestro rol dentro del proceso laboral. Es cierto, nos debemos a nuestros clientes, pero también es cierto que principalmente nos debemos a la obtención del valor supremo que regula el proceso laboral, valé decir, a la justicia. Y como vimos, una justicia que tarda siempre será vista como una injusticia.

Los abogados debemos aplicar nuestros criterios deontológicos, inclusive cuando exista la posibilidad de perder a nuestros clientes. Cuando se nos contrata, se busca que demos nuestra opinión sobre determinados temas, no que las realicemos de acuerdo con los gustos del cliente de turno, pues al hacer eso, sacrificamos nuestros valores y nos convertimos en parte del problema y no de la solución.

Si nosotros evitamos las actuaciones impropias así como los métodos dilatorios para alargar el proceso, estaremos más cerca no sólo de lograr el ansiado objetivo de la celeridad procesal, sino también haremos que nuestra profesión sea mejor considerada desde el punto de vista ético.



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

**VI CONGRESO PERUANO
DE DERECHO
DEL TRABAJO
Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL**

**9 - 13
SETIEMBRE
1996**

EL DERECHO A LA INFORMACION Y LA NEGOCIACION COLECTIVA

Luigino Pilotto Carreño
Profesor de la Universidad de Lima

El Derecho Laboral en la actualidad, se encuentra en un proceso de desarrollo, en el cual se están abriendo nuevas etapas, las mismas que, si bien tienen una marcada relación con conceptos económicos, están propiciando una mayor cooperación entre las partes que integran la relación laboral. Esa mayor cooperación se debe a la búsqueda de una mayor competitividad de la empresa en un mercado cada vez más identificado con los conceptos liberales.

Dentro de este marco, es necesario reconocer a los trabajadores una mayor capacidad de participación dentro de las empresas en las que laboran. Para poder obtener la misma, una de las principales armas es el derecho a la información, el mismo que ayuda a la consolidación de la colaboración entre las partes y afirma los cimientos de la democracia dentro del centro laboral.

Este criterio es recogido por la Organización Internacional del Trabajo, la misma que, a través de la Recomendación N° 129, relativa a las comunicaciones entre la dirección y los trabajadores de la empresa, especifica que el derecho a la información permite un flujo mayor de las mismas y con un contenido más razonable. Un intercambio de informaciones, objetivas y completas, genera una mayor cooperación y comprensión entre las partes, las cuales se sentirán más integradas entre sí y con la empresa misma.

Dentro del ámbito de la negociación colectiva, la citada Organización Internacional, por medio de la Recomendación N° 163, plantea la necesidad de otorgar al trabajador el derecho a la información y a la consulta sobre las decisiones que afecten la vida de la empresa.

El reconocimiento de un derecho a la información en favor de la masa trabajadora genera, en un principio, dos tipos de reac-

ciones, contrarias entre sí. Una primera que se opone tenazmente a su reconocimiento arguyendo motivaciones como las siguientes:

a. Se atenta contra el concepto de propiedad de la empresa, el mismo que no admite restricciones a su dominio, siendo el derecho a la información una forma de intervención del trabajador que disminuye la libertad de decisión del empleador.

b. El otorgamiento de la información excita la apetencia de los trabajadores y exacerba la lucha de clases.

c. Es una forma usada por el trabajador para adueñarse de la empresa, la cual se hunde apenas sale de las manos de las clases técnicas y dirigentes.

d. Los trabajadores no están capacitados para poder entender el alcance de los informes que se les proporciona.

e. Se debilita la empresa, pues los trabajadores comienzan a invadir la esfera patronal, abandonando la suya propia.

f. La entrega de información genera un aumento de los gastos, lo que conlleva un encarecimiento del mismo proceso productivo.

Una segunda posición considera que el otorgamiento de este derecho al personal que labora en la empresa, genera un mejoramiento de la misma, conjuntamente con la condición de sus receptores, quienes se sienten más integrados con su centro laboral.

Las motivaciones que conllevan a pensar en este sentido son, entre otras, las siguientes:

a. Reduce las quejas de los trabajadores, evitándose múltiples conflictos.

b. Fomenta la producción.

c. Contribuye a la paz social, mejorando las relaciones entre el capital y el trabajo, así como habituando al diálogo entre las partes, dejando de lado los enfrentamientos.

d. Eleva el nivel de vida de los trabajadores.

e. Estimula la responsabilidad de los trabajadores hacia la empresa, fomentando su espíritu de colaboración para con ella.

Para K. O. Faxon y E. Peterson, la mejor colaboración entre las partes sociales se logra por medio de las actividades de información y de cooperación, realizadas de manera periódica, para que así los trabajadores puedan tener conocimiento

exacto de la situación por la que atraviesa la empresa y cuales son las perspectivas de la misma en el futuro, evitándose con ello las medidas de fuerza u otro tipo de conflictos, los cuales únicamente un descenso en la producción y en la productividad, por lo que disminuyen los ingresos de todos los que tienen interés en ella.

En las realidades europeas donde ha sido ya otorgado este derecho, ha coadyuvado en el incremento del ingreso bruto nacional, sin haber generado con ello el peligro de una demagogia sindical, sino mas bien, se ha obtenido un incremento de la conciencia colectiva, por parte de los trabajadores, quienes pueden comprobar fehacientemente que el bienestar de la empresa es el bienestar de toda la masa laboral, sintiéndose mas compenetrados con su centro de trabajo.

La implementación de este derecho ha generado un decremento en el número de las paralizaciones laborales, un ejemplo de ello es el otorgado por la industria del carbón y del acero de Alemania pues, durante mas de dos décadas, desde que se estableció la entrega de información a los representantes de los trabajadores, la conflictividad laboral decreció a su mínima expresión.

Inclusive, este derecho ha contribuido a la disminución del número de despidos, tal como lo señala Vázquez Vialard, quien manifiesta que: "En las tres empresas visitadas, hemos podido apreciar reducido número de despido del personal. Las mismas, con un plantel de 82,000 trabajadores, no habían alcanzado el año anterior a despedir a 20 operarios."¹

Experiencias con el derecho a la información podemos encontrarlas también en países como Bélgica, Holanda, España, Italia, entre los países europeos y en Chile, Méjico, Argentina, Estados Unidos y Uruguay en el continente Americano, por poner algunos ejemplos.

En el caso de España, existe un reconocimiento de este derecho desde el año de 1931, con la Ley del 20 de octubre, en la que se otorga a los trabajadores el derecho a ser informados de las condiciones de admisión o separación del puesto de trabajo, así como las medidas para asegurar la aplicación correcta de las leyes, contratos y reglamentos de trabajo.

¹ VAZQUEZ VIALARD, Antonio: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tomo Primero, Pag. 467.

Con la Ley del 18 de agosto de 1947, se amplía este derecho, siendo otorgado a los Jurados de Empresa, como un respaldo a las demás formas participativas.

En los procedimientos de negociación colectiva que concluyeron con la suscripción del Acuerdo Marco Interconfederal entre la Unión de Trabajadores y la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, el 05 de enero de 1980, se otorgó a los representantes sindicales la facultad de recibir la información y documentación necesaria para la obtención de los acuerdos colectivos.

En Italia, este derecho es considerado vital para la defensa de los intereses de los trabajadores, tanto es así que la Corte de Casación Italiana, a través de la sentencia N° 1366 de 1976, aplicó el procedimiento para la represión de la conducta anti-sindical, previsto en el artículo 28° del Estatuto de los Trabajadores, a aquellos empleadores que, durante la negociación de los Convenios Colectivos, se negasen a otorgar el acceso a la información a sus trabajadores.

Otra experiencia interesante que resaltar, en cuanto a la aplicación de este derecho, podemos encontrarla en Inglaterra, en la cual, a través de la Ley de 1971, se otorgó este derecho a todos los trabajadores de las empresas, de manera individual. El Comité Bullock, en el año 1975, al comprobar que esta forma de entregar los informes generaba un alto costo para los empleadores, modifica la norma y entrega la titularidad del mismo a los sindicatos. Con ello, se persiguió una disminución de los referidos costos, así como un mejoramiento en la capacidad negociadora de los sindicatos.

En América, uno de los primeros intentos de otorgar este derecho lo encontramos en los Estados Unidos, el mismo que se realizó a través de las sentencias emitidas por sus Tribunales, los cuales lo relacionaron, de manera exclusiva, con la negociación colectiva.

Se considera que el empleador debe entregar la información necesaria a su personal, durante un procedimiento de negociación colectiva, para considerar que actuó de buena fe durante el desarrollo de la misma. La falta de estos informes o su entrega de manera incompleta, es considerada como una conducta laboral abusiva, pudiendo el sindicato, inclusive, negarse a negociar y hasta obligar al empleador a otorgarla de manera debida.

En Latinoamérica, existen experiencias dignas de ser analizadas en países como Chile, donde se establece, por ejemplo, que si el empleador no ofrece la información adecuadamente, puede ser sujeto de sanciones como la imposición de multas. Asimismo, se establece que la Autoridad Administrativa puede realizar acciones tendientes a la recopilación de la información necesaria, con la finalidad de ser entregada, posteriormente, a los trabajadores.

Como podemos ver, dentro de la negociación colectiva, se le reconoce a este derecho una importancia trascendental, a fin que el personal que labora en una empresa pueda concretar sus aspiraciones. Sin ella, se carece de una base real en la cual sustentar sus requerimientos.

Normalmente, dentro de este tipo de procedimientos, es necesario un mínimo de confianza entre los negociadores, "...la suspicacia se manifiesta en el campo de las negociaciones laborales pues las organizaciones sindicales a menudo consideran que el negociador de la empresa no merece confianza y ello origina una reacción similar."²

Para poder evitar ello, es necesario el reconocer como indispensable el reconocimiento de este derecho, así como la facultad de poder comprobar la veracidad de los informes recibidos.

Adrián O. Goldín al respecto manifiesta que:

"La Negociación Colectiva sin información degenera en un juego perverso de escondidas y adivinanzas en el que tanto se reclama más de lo que simplemente existe, como se ofrece y aún se acuerda por menos de lo que en justicia se debe."³

El reconocimiento de este derecho genera un mayor equilibrio dentro del procedimiento de negociación colectiva, pues las partes acuden a él con "las cartas sobre la mesa", sabiendo que se puede esperar y hasta donde pueden llegar las peticiones, pues, como es lógico pensar, al trabajador no le conviene exigir más de lo que la empresa puede brindarle, en virtud que ello generaría un quebranto dentro de la misma y una inestabilidad del puesto que ocupa. De otro lado, se neutraliza cualquier medida que pueda ser contraria al personal que labora.

² ELIAS MANTERO, Fernando: *El Procedimiento de Negociación Colectiva*, Pag. 12.

³ GOLDIN, Adrián O.: *Revista Crítica Mensual de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación*. Derecho del Trabajo. Número I. Enero 1988. Pag. 11.

Son dos, principalmente, los objetivos que persigue el otorgamiento de información dentro del mencionado proceso de negociación colectiva que, si bien, son distintos entre sí, están estrechamente vinculados. El primero intenta facilitar a los sindicatos una mayor capacidad contractual necesaria, debiendo recibir el empleador los datos requeridos sobre el andar de la empresa.

El segundo objetivo que se persigue, es el reforzamiento del interés de cada trabajador en el futuro de la empresa, teniendo presente que éste está muy ligado al futuro de todo el personal que labora en ella. Por ello, Otto Kahn-Freund opina que:

"No cabe hablar de negociación cuando una de las partes se le ocultan datos exclusivamente conocidos por la otra que son relevantes para el acuerdo. Los datos financieros y las perspectivas de la empresa son obviamente importantes para las negociaciones."⁴

Uno de los requisitos que debe reunir la dación de la información, en cualquier sistema, es su otorgamiento por la vía escrita, acompañada de la documentación que justifique los datos que en ella se consignan, de tal forma que se pueda efectuar una primera verificación de lo que es entregado a los representantes del personal. Una segunda comprobación se puede realizar a través del análisis de los libros contables pertinentes, con la ayuda de un experto, pues sino el trabajador se encontraría aún delante de una realidad que les es extraña.

El análisis de los libros contables del empleador permite al trabajador el acceso a una información detallada y actualizada del estado de los negocios, así como conocer las particularidades técnicas y las condiciones sociales imperante dentro de la empresa, transformando de esa manera el proceso de negociación colectiva de un "altercado emocional" a una "discusión racional".

Según Mauricio Birgin, los sindicatos necesitan de información acerca de la marcha de la empresa para apoyar sus reivindicaciones, a los fines de la negociación colectiva.⁵ Este derecho, si no es otorgado legislativamente, debe ser garantizado a través de las convenciones colectivas.

⁴ KAHN-FREUND, Otto: *Trabajo y Derecho*. Pag. 166.

⁵ BIRGIN, Mauricio: *Derecho Laboral*. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación sobre Trabajo y Seguridad Social. Enero 1988. Número I. Pag. 15

Otro requisito indispensable para el correcto uso de este derecho, es reconocer la titularidad del mismo a los organismos representativos de los trabajadores, llámese sindicatos, representantes de los trabajadores, comités de empresa, según sea el caso. Decimos esto porque son ellos los llamados a negociar en nombre de todo el personal que labora dentro de la empresa y, además, una solución distinta podría generar un considerable gasto para quien la otorga, sobre todo si tiene mucho personal a su cargo, y hacer muy poco atractivo el reconocimiento del derecho, desde el punto de vista del empleador.

De otro lado, el sindicato, al ejercer la titularidad del derecho, puede interpretar los datos que en ella se consignan mas eficazmente que el trabajador de manera individual, pudiendo, a posteriori, hacer de conocimiento de todos sus representantes lo contenido en la información recibida.

Asimismo, resulta indispensable, para el buen ejercicio del derecho, sobre todo dentro del campo de la negociación colectiva, es la obligación, por parte del empleador, de entregar toda la información concerniente a las materias a tratar en el referido procedimiento, tales como aquella relacionada a los aspectos económicos-financieros de la empresa, los planes para el mejoramiento de las condiciones de trabajo, las estrategias que se piensan seguir para el mejoramiento de las condiciones de trabajo, así como aquellas dispuestas para el crecimiento o reducción del centro de trabajo, entre otros.

Pero el reconocimiento de este derecho no debe ser ilimitado. Como cualquier otro derecho, el de percibir información tiene también ciertas fronteras que deben ser respetadas y en las cuales los trabajadores, no pueden ni deben tener injerencia. Es el caso de las informaciones relacionadas con los denominados secretos industriales, métodos de procesamiento que aún no se encuentren registrados y cuya importancia sea vital para la empresa, la decisión de contratar o no nuevo personal, así como aquella relacionada con el ámbito personal del empleador, entre otras.

Uno de los primeros autores en vislumbrar los límites a este derecho fue Manuel Alonso García, quien los divide en dos: aquellos cuantitativos, por los que un trabajador que labora en una empresa grande deberá recibir un volumen mayor de información que aquel que labora en una mas pequeña. Con este punto de vista no coincidimos con el autor mencionado, pues

para nosotros es intrascendente el tamaño de la empresa para determinar el tipo y la cantidad de informes a recibir.

El segundo límite se encontraría determinado por que Alonso García denomina como límites cualitativos, es decir aquellos en los cuales no interesa la naturaleza jurídica de la empresa, sino que lo trascendente es la materia que es objeto de las prestaciones y la forma de llegar a ella. Es decir, lo verdaderamente importante son los métodos a usarse para la obtención de los informes sobre los planes institucionales.

Luego, con un mayor análisis de este derecho, se llegó a la conclusión que era muy relevante el no poner en riesgo aquellos intereses empresariales que deban ser protegidos, es decir, la información que deba ser catalogada de secreta y cuya divulgación pudiese poner en riesgo a la estabilidad de la empresa, generando mas perjuicio que el beneficio que se busca con su divulgación.

Pero, el establecer los límites justos al ejercicio de este derecho, no es el único problema por resolver, previo al reconocimiento del derecho. Existe también aquel referido a la entrega de información falsa o deficitaria y a la manera de controlar la veracidad de la misma. Tal como vimos con antelación, es necesario establecer igualmente una sanción justa para el empleador que cometa este tipo de falta. Es necesario la imposición de la sanción antes mencionada pues las peticiones del trabajador se sujetarán al contenido de la información proporcionada.

Una de las armas mas usadas por los empleadores para poder efectuar una entrega de información incompleta se sustenta en uno de los límites a la entrega de la misma, al cual ya hicimos referencia. Bastaría argumentar que determinados conceptos son considerados como secretos empresariales, por lo que no es factible su divulgación, aunque en realidad, no reúnan necesariamente dicha calidad. Esto demuestra mala fe por parte del empleador, la misma que debe ser sancionada, no solamente con la entrega de la información correcta y/o completa, por parte de la autoridad administrativa de trabajo o con el permiso para el análisis de los libros de la empresa que sean pertinentes, sino también con la imposición de una multa al infractor.

Tal como remarca Amanda Beatriz Caubet, "...configura práctica desleal la retención de información, por parte de la empresa, especialmente vinculada con datos contables y estados económicos...por lo que...se advierte que el derecho que debe darse al sindicato, para ser efectivo sobre todo en época de crisis, debe ser consagrado y especialmente protegido. Una de las protecciones mas claras consiste en considerar práctica desleal sancionable a toda actividad de la empresa tendiente a ocultar datos económicos, programas, líneas de acción futura de la empresa o existencia..."⁶

Del otro lado de la medalla, se encuentra el problema de mantener el secreto de los informes que los trabajadores reciben y que podrían poner en riesgo a las empresas frente a sus competidoras. Se debe prever sanciones contra los trabajadores que divulguen la información que les es proporcionada en el ejercicio de este derecho. En estos casos, el trabajador, no solamente es pasible de sanciones de tipo laboral, como puede ser el despido, sino también de las sanciones de tipo civil y penal a que hubiere lugar. La divulgación de información, tal como Francisco de Ferrari señala, es una falta grave que pone en riesgo al empleador y a la empresa misma, con lo que se pone en peligro el trabajo de todos los que en ella laboran.

La sanción civil a que hacemos referencia en el párrafo anterior, está referida al perjuicio causado a un tercero, es decir, se entra dentro del ámbito de la responsabilidad civil, la misma que puede ser también invocada por la transgresión, al divulgar datos secretos, del contrato de trabajo, el mismo que se sustenta en el deber fundamental del trabajador de mantener fidelidad a su empleador.

La disyuntiva nace cuando se efectúa la divulgación de buena fe, como en los casos en que se realiza con la finalidad que un tercero no sea víctima de un engaño por parte de su empleador. En este caso, entran en conflicto el deber de lealtad hacia quien le brinda el trabajo y el derecho del consumidor de obtener un producto que no lo afecte y que satisfaga sus necesidades. En este caso, el trabajador sería sujeto de una sanción, la misma que debería restringirse únicamente a aquella de tipo laboral, tomando en cuenta que la intención al

⁶ CAUBET, Amanda Beatriz: *Derecho del Trabajo*. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación sobre Trabajo y Seguridad Social. Enero 1988. Número 1, Pp. 838-840.

divulgarla, no es la de obtener un beneficio personal.

Un punto importante en el ejercicio de este derecho es el referido a la oportunidad de recibir la información, la misma que deberá ser proporcionada con la debida antelación al procedimiento mismo de negociación colectiva, para poder someterla a un estudio y análisis. Este plazo deberá ser fijado por las partes, de acuerdo con sus propias necesidades, dentro del marco de los convenios colectivos.

En el Perú, el derecho a la información dio sus primeros pasos a través de lo que se conoció como Comunidades Industriales, sobre todo en aquella que recibía el Director Comunero en las Juntas de Directorio. En cuanto a la negociación colectiva, existía una forma de este derecho pero con un "destinatario" equivocado. La norma que regulaba este derecho, es decir, el Decreto Supremo N° 006-71-TR y sus modificatorias, otorgaban la titularidad del mismo a la autoridad administrativa de trabajo.

Con ello, el trabajador peruano iba al procedimiento de negociación virtualmente "a ciegas" y con la convicción que la empresa ocultaba sus verdaderas posibilidades, otorgándole menos de lo que, en realidad, podía brindarle. De esa manera, se generaba un ambiente mas conflictivo dentro de la relación laboral. Durante dicho periodo, destacados Juristas nacionales como Javier Neves Mujica y Alfonso de los Heros, entre otros, coincidían en la necesidad de trasladar la titularidad del derecho a los sindicatos, como representantes de la defensa de los intereses de los trabajadores en la negociación colectiva.

Con las reformas formuladas a nuestro sistema laboral, el Decreto Ley N° 25593, del 26 de junio de 1992, en su artículo 55°, se otorga a los representantes de los trabajadores la posibilidad de requerir a sus empleadores la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y otras que sean pertinentes a la empresa y necesarias en el referido procedimiento, imponiendo a los titulares del derecho el deber de mantener reserva sobre los informes recibidos.

El Decreto Supremo N° 011-92-TR, del 14 de octubre de 1992, Reglamento de la norma citada en el párrafo precedente, en su artículo 38°, dispone que la información pueda ser solicitada dentro de los 90 días naturales anteriores a la fecha de caducidad del convenio colectivo vigente.

Para concluir, solamente deseamos citar lo que Francisco de Ferrari escribió en relación con la dación de este derecho:

"El reconocimiento en favor del trabajador de un derecho de colaboración e información debe ser encarado como uno de los hechos mas significativos de nuestra época y como nuevo esfuerzo llevado con el fin de dignificar el trabajo subordinado y crear nuevas condiciones favorables a la integración del trabajador en la sociedad actual. Tal práctica es, por lo tanto, perfectamente compatible con el régimen de libertad económica, ya que, según Scelle, la reivindicación obrera de que se trata, tiende a considerar la fuerza de trabajo manual o intelectual de todos los asalariados, como un capital y a darle a este título prerrogativas similares a las del capital propiamente dicho."⁷

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Mario E. "Autocomposición de los Conflictos Colectivos de Trabajo", en Derecho del Trabajo, Revista Crítica Mensual de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación. Ediciones La Ley. Agosto 1988. Número 8. Argentina. Pp. 1370.

ALONSO GARCIA, Manuel. Curso de Derecho del Trabajo. Editorial Ariel. Quinta edición. España. 1975. Pp. 813.

BIRGIN, Mauricio. "La Negociación Colectiva", en Derecho Laboral. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación sobre Trabajo y Seguridad Social. Enero 1988. Número I. Argentina. Pp. 48.

CAUBET, Amanda Beatriz. "El Derecho a la Información en Epocas de Crisis y Prácticas Antisindicales", en Derecho del Trabajo. Revista Crítica Mensual de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación. Ediciones La Ley. Junio 1987. Número 6. Argentina. Pp. 996.

CONAGLIA, Ricardo J. "Un Imperativo Constitucional: Socializar la Información Laboral", en Derecho Laboral. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación sobre Trabajo y Seguridad Social. Febrero 1987. Número II. Argentina. Pp. 96.

⁷ DE FERRARI, Francisco: *Derecho del Trabajo*. Volumen IV. Pp. 91-92.

La legislación peruana, en cuanto al reconocimiento de este derecho, ha avanzado considerablemente. El proyecto de Ley General de Trabajo, en la parte relacionada con las Relaciones Colectivas de Trabajo, presentado por el congresista Dr. Ricardo Marcenaro Frers, no aporta ninguna reforma al derecho ya otorgado, manteniendo el mismo tratamiento otorgado por el Decreto Ley N° 25593.

Pensamos que sería necesario incluir la posibilidad de una sanción para el empleador, en el caso que entregue información recortada o falsa, tal como se prevé la posibilidad de sancionar al trabajador que incumpla con mantener el secreto sobre la documentación recibida.

Asimismo, consideramos que sería interesante el permitir la existencia de un sistema de información en doble sentido o canal, en la cual el trabajador, por iniciativa propia o a pedido del empleador, pueda informar sobre las condiciones de trabajo, la forma de mejorarlas, las maneras de aumentar la producción, entre otros temas posibles a tratar dentro de un posible derecho de consulta. Sería igualmente necesario remarcar que las opiniones vertidas por los trabajadores serían únicamente referenciales para el empleador, no obligándolo, pues ello podría atentar contra la capacidad de dirección de la empresa del mismo. De esta manera, se generaría un diálogo mayor entre las partes, haciendo de la negociación colectiva, un procedimiento continuo y no circunscrito a un periodo del año.

Asimismo, se debería cambiar el principio por el cual la información se entrega previo requerimiento de los trabajadores. Consideramos que, siendo un derecho de éstos, su otorgamiento debe ser previo al inicio de las negociaciones colectivas, de manera automática.

Como podemos ver, el derecho a la información, dentro de la negociación colectiva, es de una importancia trascendental, tanto es así que la Comunidad Europea, a través de su Directiva N° 94/45/CE, del 22 de setiembre de 1994, extendió este derecho a los trabajadores que deberán efectuar estos procedimientos con empresas que tengan un ámbito superior a aquel nacional; haciéndolo extensivo a las empresas con circunscripción en dos o mas países comunitarios, estando el empleador obligado a brindar información sobre todas las empresas de tal forma que se pueda tener una visión global de la situación de la empresa.

DE FERRARI, Francisco. Derecho del Trabajo. Volumen IV. Editorial Depalma. Segunda Edición. Argentina. 1974. Pp. 579.

ELIAS MANTERO, Fernando. El Procedimiento de Negociación Colectiva. Editorial Consultores Laborales. Perú. 1980. Pp. 396.

GOLDIN, Adrián O. "Hacia el Reconocimiento Constitucional del Derecho a la Información", en Derecho del Trabajo. Revista Crítica Mensual de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación. Ediciones La Ley. Enero 1988. Número 1. Argentina. Pp. 177.

KAHN-FREUND, Otto. Trabajo y Derecho. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Tercera Edición. Serie Relaciones Laborales. España. 1987. Pp. 482.

PERA, Giuseppe. Diritto del Lavoro. Ediciones CEDAM-Padova. Tercera edición. Italia. 1988. Pp. 801.

TREU, Tiziano. "Procedimientos y Estructuras de la Negociación Colectiva a nivel de Empresa y Establecimiento", en Revista de Derecho Laboral de Doctrina, Jurisprudencia e Informaciones Sociales. Abril-junio 1986. Número 142. Uruguay.

TREU, Tiziano y Serafino NEGRELLI. I Diritti di Informazione nell'Impresa. Editorial Il Mulino. 1985. Italia. Pp. 247.

VAZQUEZ VIALARD, Antonio. Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo I. Ediciones Jurídicas. Perú. 1986. Pp. 527.



Eliminación del régimen CAS

Una medida impulsiva¹

Abolition of the CAS regime

An impulsive measure

Resumen: Ley N° 31131 ha generado un conflicto en el desarrollo del panorama laboral del sector público puesto que desde el Poder Ejecutivo se argumenta que se impide el desarrollo de procesos de selección en la contratación de personal, así como la necesidad de ser declarada inconstitucional por ir en contra del equilibrio presupuestal. En ese sentido, el autor plantea los posibles efectos y consecuencias al régimen CAS y a los servidores públicos ante una posible declaratoria de inconstitucionalidad, así como las responsabilidades que puedan existir para aquellas personas que, sabiendo que su actuar no es correcto, siguen emitiendo dispositivos contrarios a la Constitución.

Abstract: Act N° 31131 has produced a conflict in the development of the public sector labor overview, as the Executive argues that the development of selection processes for recruitment is impeded, as well as the need to declare it unconstitutional for going against the budget balance. Therefore, the author presents possible effects and consequences in the CAS regime and public officers in case of a possible declaration of unconstitutionality, as well as the responsibilities for persons who, despite knowing about their wrong actions, they continue issuing unconstitutional provisions.

LUIGINO PILOTTO CARREÑO

Abogado por la Universidad de Lima con Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Boloña, Italia. Profesor de posgrado de la Universidad ESAN.

PALABRAS CLAVE: Ley N° 31131 // CAS // Inconstitucionalidad // Presupuesto // Contratación de personal

KEYWORDS: Act N° 31131 // CAS // Unconstitutionality // Budget // Recruitment

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 31131 ha generado un fuerte remezón en el panorama laboral del sector público.

Con la dación de esta norma se impide el desarrollo de los procesos de selección que permitan la contratación de personal a través del único sistema laboral flexible que aún tenía abierto, como es el de la Contratación Administrativa de Servicios - CAS. La finalidad que busca esta norma es eliminar los factores de distorsión

¹ Texto aprobado con vigencia al 11 de mayo de 2021.

que generan tratamientos discriminatorios de los trabajadores al interior de las entidades del Estado, dado que, por similares funciones, se otorgan menores beneficios laborales a todo aquel personal que se encuentra sujeto al régimen CAS. De acuerdo con el Dictamen de la Comisión de Trabajo que sustentó el proyecto de Ley, el universo de personas que se verían beneficiadas sería alrededor de 275 140, lo que representaría el 40 % del total de la planilla del Estado. La primera interrogante es: si el 40 % de la población laboral del Estado se encuentra en el único sistema laboral flexible y abierto a la contratación que tienen a su disposición las entidades públicas, ¿no es un diagnóstico de algo distinto?

Esta situación, en la cual se demuestra la necesidad de mayor personal en el Estado, nos plantea dos posibles variables jurídicamente válidas, generadoras del problema:

- Una inadecuada distribución del personal permanente, con pocas posibilidades de rotación, sea por temas legales como por perfiles del personal.
- Un sistema igualmente rígido, que impide el ingreso de personal al Estado, cuando resulte necesario, sea de manera temporal o permanente.

El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), a diciembre de 2004, informaba que el total de la planilla del Estado incluía a 1 372 742 personas (servidores, pensionistas titulares y sobrevivientes), de los cuales 61 357 (4 %) se encontraban contratados bajo el régimen de servicios no personales - SNP. Esta situación muy precaria resultaba en la existencia de verdaderos vínculos laborales, simulados bajo la documentación de contratos de tipo administrativo o civil, donde no se gozaba de ningún derecho laboral y, por ende, todas esas personas carecían por completo de cualquier tipo de protección. Esto implicó la necesidad de subsanar la situación.

La Ley N° 31131 impide el desarrollo de los procesos de selección que permitan la contratación de personal a través del único sistema laboral flexible.

Es en ese momento que, en el año 2008, se emite el Decreto Legislativo N° 1057, norma que regula el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios - CAS. Cuando uno lee la exposición de motivos de la mencionada norma se percata que el Estado ha reconocido la inadecuada utilización de la locación de servicios en las diversas entidades de gobierno como forma de captación de personal, hecho que vulneraba, de manera directa, los derechos fundamentales². Sin embargo, como toda transición, esta debe hacerse por etapas a fin de no generar traumas no deseados. En este caso, en un primer momento, se consideró al contrato administrativo de servicios como una fórmula contractual no laboral, al ser considerado como una categoría contractual de naturaleza administrativa.

Un segundo paso se dio con la dación de la sentencia del Tribunal Constitucional, emitida en el Exp. N° 00002-2010-PI/TC, sobre demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1057. En esta sentencia, el Tribunal otorga al mencionado régimen dos categorías importantes, la de su constitucionalidad y, por lo tanto, la validez de su aplicación, así como

2 “No obstante la contratación de personal para la prestación de servicios al Estado, especialmente en las entidades cuyo régimen laboral es el de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa -Decreto Legislativo N° 276-, se ha venido produciendo en los últimos años a través de la utilización de los contratos denominados de ‘servicios no personales’ y otras formas contractuales cuyo contenido no conlleva el goce efectivo de derechos fundamentales”.

Con la emisión del **Decreto Legislativo N° 1057**, el Estado reconoció la **inadecuada utilización de la locación de servicios en diversas entidades de gobierno como forma de captación de personal**.

también el otorgamiento de su condición de régimen laboral especial.

Como consecuencia de la mencionada Sentencia de Inconstitucionalidad, en el año 2012, se promulgo la Ley N° 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Laboral del Decreto Legislativo N° 1057 y otorga una serie de derechos laborales, individuales y colectivos. Esto generó que algunos sectores consideren que su regulación resultaba negativa para los trabajadores y para el mismo Estado, pues no solamente incrementaba la cantidad de sistemas laborales aplicables dentro del mismo, sino que también generaba dentro de una misma entidad, tratamientos laborales diferenciados por trabajos similares o de similar valor, contradiciendo así el principio de no discriminación contenido dentro de nuestra Constitución, así como en el Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo.

Todo ello puede ser cierto, pero vale preguntarse: ¿qué hubiera sucedido si no se contase con este sistema? Ciertamente, esta era la opción más real, por las siguientes consideraciones:

Para cubrir una plaza dentro del Estado se requiere que esta se encuentre presupuestada y vacante, lo cual implica que exista. Mientras no se termine la migración hacia la Ley del Servicio Civil, tal aseveración implica que, para contratar personal, el puesto debe estar comprendido

dentro del Cuadro de Asignación de Personal - CAP aprobado.

El Estado sigue creciendo y cambiando, pues asume roles que antes no cumplía, sea a través de la creación de nuevas entidades.

Se debe tener presente que la poca flexibilidad que tiene el Estado para distribuir de manera adecuada a su personal, genera que, en diversos casos, se tenga más trabajadores en área que hoy día no requieren de dicho número y otras que se ven desatendidas por esa poca capacidad de adaptación existente, antes un sistema rígido.

Finalmente, también se debe tener presente que el mismo Congreso de la República, que emite y promulga la Ley bajo comentario, incluye todos los años dentro de la Ley de Presupuesto para el Sector Público un artículo que prohíbe no solamente el incremento de las remuneraciones de los trabajadores del Estado, sino también el ingreso de personal nuevo³.

En ese sentido, el 9 de marzo de 2021, se publicó en el diario oficial *El Peruano*, la Ley N° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público (en adelante, la Ley N° 31131), con el objetivo de incorporar al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a los trabajadores que desarrollan labores permanentes en las diversas entidades del Estado, contratados bajo el Decreto Legislativo N° 1057.

II. ANÁLISIS

1. Sobre los requisitos

La Ley N° 31131, en principio, a través de la modificación de los artículos 5 y 10 del

³ Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021 Ley N. 31084

“Artículo 8.- Medidas en materia de personal

8.1 Prohíbese el ingreso de personal en el sector público por servicios personales y el nombramiento (...).”

Decreto Legislativo N° 1057, plantea incorporar a todos los trabajadores públicos sujetos al régimen de Contratación Administrativa de Servicios - CAS, al régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Decreto Legislativo N° 728 o bajo la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones, Decreto Legislativo N° 276, según sea el caso. Asimismo, a través de su artículo 2, la Ley N° 31131 cita una serie de requisitos a cumplir para la incorporación acotada.

El requisito señalado en el literal a) del artículo 2 de la Ley N° 31131 hace mención a que el trabajador debe cumplir con realizar labores de carácter permanente para obtener el beneficio de tránsito; sin embargo, las normas que regulan el régimen CAS no determinarían que las prestaciones a ser brindadas sean de naturaleza temporal ni excluye la contratación para la prestación de labores permanentes.

Si bien es cierto que, en diversos supuestos, estos contratos han servido para cubrir necesidades de carácter permanente, debemos tener presente también que para una entidad del Estado resulta prácticamente imposible a la fecha incrementar el número de trabajadores que necesita para cubrir su necesidad de mano de obra.

Ahora bien, respecto al cómputo señalado en el literal b) del artículo 2 de la Ley, se determina que para ser transferidos se requiere tener cuando menos dos (2) años continuos o tres (3) años discontinuos como CAS, contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 31131. No se indica si es en un mismo puesto o para un mismo empleador. En esa línea, podrían generarse a futuro, varios supuestos de aplicación del cómputo de plazo (teniendo en cuenta que estamos a la espera del pronunciamiento del Tribunal Constitucional), por ejemplo que el trabajador labore en más de una oficina al interior de una misma entidad (cuyos puestos y funciones pueden ser variables), que la persona pueda contar con el periodo requerido en actividades comunes, pero en diferentes entidades o una mezcla de ambas posibilidades.

La aprobación de la
**Ley N° 31131 genera un
impacto social grande,
dado que genera la
imposibilidad de contratar
personal en el Estado, en
un contexto de
emergencia sanitaria.**

En tal sentido, la acumulación de periodos realizados a distintas entidades sujetas a regímenes laborales distintos o regímenes CAS o 728 ha sido materia de discusión desde la vigencia de la Ley, dado que siendo empleadores distintos, mal podrían sumarse para efectos de obtener el cómputo de plazo a que hace mención la Ley bajo comentario. Asimismo, es oportuno indicar de una lectura del literal mencionado que para el tránsito al régimen de la actividad privada, los años trabajados por la persona bajo el régimen CAS al día de hoy no serían computables para el cumplimiento del requisito antes mencionado, puesto que la misma señala expresamente que “Estos plazos se computan a partir de la fecha de la publicación de la presente ley”, es decir, a partir del 10 de marzo de 2021.

2. Requisitos en materia laboral

La aprobación de la Ley N° 31131 no ha sido ajena de pronunciamiento por parte del ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos del Estado, la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR. Sin embargo, a pesar de la finalidad que dice cumplir la norma, en un primer momento tendrá un impacto social grande, dado que genera la imposibilidad de contratar personal en el Estado en un contexto de emergencia sanitaria y de crisis económica nacida como consecuencia de la pandemia y de la propia inestabilidad política vivida por nuestro país en los últimos

Diversos documentos de gestión deberán ser actualizados dentro de la entidad en atención a que se deberán integrar con las nuevas plazas permanentes que se deban crear.

años. En ese contexto, la posibilidad de conseguir un empleo formal para la población afectada resulta cada vez más reducida, máxime si se tiene en consideración que uno de los principales empleadores en esta realidad es el mismo Estado peruano.

Bajo esa premisa, a través del Informe Técnico N° 0357-2021-SERVIR-GPGSC, la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil⁴ ha interpretado los alcances de la precitada Ley, tomando como base la normativa existente de manera previa. Asimismo, ha emitido una relación de preguntas frecuentes, que responde cómo será su aplicación y efectos. Sin embargo, existen aún puntos poco claros para la aplicación de la norma, tales como el artículo 3, referido a la aplicación progresiva.

Al respecto, a efectos de realizar la incorporación de los trabajadores a los regímenes laborales, las entidades públicas deberán tener en cuenta los puntos señalados en el segundo párrafo del artículo en mención, con base en el régimen laboral de cada una de ellas, teniendo como plazo máximo para hacerlo hasta 5 años desde la entrada en vigencia de la norma.

4 “Artículo 20.- Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil

La Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil es el órgano encargado de diseñar y desarrollar el marco político y normativo del sistema administrativo de gestión de los recursos humanos al servicio del Estado”.

Sobre ello correspondería, en el caso de la entidad, la aplicación de la clasificación laboral señalada en el artículo 4 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, dispositivo que perderá vigor a la entrada en vigencia plena de la Ley de Servicio Civil.

Ahora bien, sobre la aplicación progresiva de incorporación del personal a los regímenes laborales correspondientes, la Ley N° 31131 señala de manera expresa que el procedimiento será desarrollado en el Reglamento de la misma, el cual, según su segunda disposición complementaria final, deberá ser aprobado dentro de los sesenta (60) días posteriores a su entrada en vigencia, por lo que no se podría emitir opinión sobre dicho punto a efectos de no incurrir en error⁵.

Un primer impacto lo veremos dentro de las entidades, en la necesidad de actualizar varios de los documentos de gestión tales como: i) Manual de Perfiles de Puestos; ii) Presupuesto Analítico de Personal; iii) Manual de Clasificación de Personal; iv) Manuales de Procesos; v) Cuadro para Asignación de Personal.

En consecuencia, como es de verse, diversos de estos documentos deberán ser actualizados dentro de la entidad, en atención a que se deberán integrar con las nuevas plazas permanentes que se deban crear, como consecuencia de la aplicación de la norma mencionada, hecho que distraerá del cumplimiento regular de las metas propuestas dentro de la entidad, al necesitarse diversas horas hombre de labor para la modificación del esquema normativo interno.

Dentro de ese ámbito, es necesario tener presente que en estas modificaciones, vinculadas a temas de personal, no solamente deberán

5 En esa línea, recomendamos revisar los numerales 2.22, 2.23 y 2.24 del Informe Técnico N° 0357-2021-SERVIR-GPGSC, de la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil, de la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR.

participar las mismas entidades, dado que la creación de las nuevas plazas requerirán de las conformidades de la Autoridad Nacional de Servicio Civil (CAP Provisional) y del Ministerio de Economía y Finanzas, sea a través de la Dirección General de Presupuesto Público para la asignación de mayores recursos, así como de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos, de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1442. Debemos tener presente lo que implica este esfuerzo, a nivel nacional, con alrededor de 2941 entidades públicas, entre diversas instituciones, programas, proyectos y órganos de poderes del Estado, de los tres niveles de gobierno⁶.

Por otro lado, con relación al artículo 4 de la Ley N° 31131, respecto a la prohibición de ingreso de personal bajo el régimen CAS, el Informe Técnico N° 0357-2021-SERVIR-GPGSC⁷ ha señalado tres excepciones en la referida limitación: a) CAS confianza; b) necesidad transitoria; y c) suplencia.

En atención a ello podría colegirse que tanto los literales a) y c) son aplicables con base en la primera disposición complementaria final de la Ley N° 29849 y en caso de ausencia del titular de un puesto, respectivamente.

Ahora bien, con relación al literal b), el documento emitido por SERVIR que absuelve preguntas frecuentes sobre la Ley N° 31131, señala que para que opere la excepcionalidad de la necesidad transitoria, esta debe encontrarse prevista en otra norma con rango de Ley, así como aquellas autorizadas en la Ley N° 31084, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021 u otras normas con rango de ley, lo cual nos lleva al siguiente punto a

6 Ver <https://www.datosabiertos.gob.pe/dataset/lista-de-entidades-del-estado-peruano/resource/695019ec-79f1-4c6a-ace9-67d775de79d0>

7 Ver https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1724781/IT_0357-2021-SERVIR-GPGSC.pdf

Cabe preguntarse si aquellas entidades que han recibido presupuestos para el financiamiento de acciones temporales se encuentran facultadas o no para contratar CAS por necesidad transitoria.

analizar. Sin embargo, cabe preguntarse si dentro de ese ámbito, aquellas entidades que han recibido, a través de la Ley de Presupuesto del 2021, presupuestos para el financiamiento de acciones temporales, como pueden ser aquellas vinculadas a la prevención, control, vigilancia y respuesta sanitaria de la pandemia, se encuentran facultadas o no para contratar CAS por necesidad transitoria, a pesar de no tener una autorización expresa de contratación.

Si vamos al nivel normativo (norma con rango de ley) y a la actividad autorizada (carácter transitorio de la misma), podríamos inferir que sí debería estar incluida dentro de la excepción. Se podría inferir que estamos ante un supuesto de discrecionalidad administrativa que permite a las entidades adoptar una decisión de contratar personal para el cumplimiento de la función otorgada en la norma con rango de Ley, tal como lo determina la STC Exp. N° 090-2004-AA/TC. Esta misma sentencia, sin embargo, hace referencia a los cuatro ámbitos de aplicación de dicha discrecionalidad, en los que, modestamente considero, que no se encuentra el presente supuesto.

Adicionalmente, de acuerdo con el numeral 1.1 del inciso 1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General,

SERVIR indicó que la aprobación del Congreso constituye una decisión inconstitucional, no afrenta el problema de fondo y tiene un impacto negativo en las finanzas de las entidades públicas.

Ley N° 27444, las entidades del Estado deben actuar solamente dentro de la esfera de lo que taxativamente le ha sido determinado en las normas, de manera clara y expresa, no pudiendo arrogarse facultades que esta no les ha reconocido.

En ese contexto, existen dos posturas sobre el tema: ser literal en la interpretación y, por lo tanto, considerar que no es viable la contratación de dicho personal como consecuencia de la dación de la Ley N° 31131 o, ser finalistas y pensar que sin ese personal la prestación de la labor asignada no resulta viable, pues se carece de personas que puedan desarrollar dicha función. Dentro de ese ámbito, consideramos que es necesario que SERVIR aclare este extremo, de tal forma que quede claro si el supuesto antes planteado puede ser considerado dentro de la excepción contenida en la Ley N° 31131 y, por lo tanto, dentro de los alcances del numeral 2.17 de su informe o si por mandato de esta norma, la prestación de esa labor no podrá implicar la contratación de personal que necesitan las entidades a fin de cumplir con las obligaciones adicionales asignadas. Mientras eso ocurra, lo más probable es que las contrataciones de personal bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, incluidas las que

se pensaba desarrollar dentro del ámbito de la supervisión de la emergencia sanitaria, se suspendan si es que taxativamente no se cuenta con una autorización expresa para contratar personal a través de la modalidad CAS.

III. ASPECTOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PRESUPUESTAL DENTRO DEL ESTADO

Para efectos del presente análisis, resulta relevante mencionar que con fecha 4 de marzo de 2021, mediante un comunicado publicado en su portal institucional⁸, SERVIR indicó que la aprobación del Congreso por insistencia al dictamen referido al Régimen CAS constituye una decisión inconstitucional, no afrenta el problema de fondo y tiene un impacto negativo en las finanzas de las entidades públicas.

Del texto publicado, podemos extrapolar que existe un impacto negativo en las finanzas de las entidades públicas, principalmente en el presupuesto institucional, en atención a que, según SERVIR, se deberán desembolsar un 25 % más de recursos no presupuestados (S/ 3 637 000 000,00 anuales), afectando la prestación de servicios públicos.

Cabe precisar que el Poder Ejecutivo, al momento de observar la autógrafa de ley remitida por el Congreso, a través del Oficio N° 024-2021-PR, del 14 de enero de 2021, le hizo presente el impacto que iba a sufrir el presupuesto público anualmente, indicando que este ascendería a la suma de S/ 4 244, 663 542,07. Si bien existe una fuerte diferencia entre las sumas contenidas en el oficio antes indicado y el comunicado de SERVIR, también es verdad

⁸ Ver <https://www.gob.pe/institucion/servir/noticias/345152-comunicado-sobre-la-aprobacion-del-congreso-por-insistencia-al-dictamen-referido-al-regimen-cas>

que el monto no deja de ser significativo en ambos casos.

Otro factor a tener presente para determinar el importe real a ser adicionado en el presupuesto de la República como consecuencia de la aplicación de esta norma es el de las escalas remunerativas de las entidades, toda vez que el personal CAS que pase a planilla deberá hacerlo de acuerdo con los niveles remunerativos que han sido aprobados para cada una de las instituciones del Estado, en los tres niveles de gobierno. Eso puede generar un incremento adicional en el gasto, como consecuencia de la compensación que cada nivel remunerativo tenga.

Se debe tener presente, además, que toda entidad pública tiene asignados recursos que nacen del presupuesto del Estado, sean estos recursos ordinarios (entregados por el Tesoro Público), recursos directamente recaudados (rentas obtenidas por el cobro de tasas por parte de las entidades), o donaciones y transferencias (recursos entregados por terceros). Toda suma que es gastada por el Estado sin tener en consideración la fuente de financiamiento forma parte del presupuesto del Estado y, por lo tanto, se encuentra dentro del ámbito de restricción del equilibrio presupuestal contenido dentro del artículo 78 de la Constitución. Este principio es recogido como un límite constitucional para la imposición del gasto por el mismo Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en los Expedientes N^{os} 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC.

Asimismo, el fundamento 9 de la STC Exp. N^o 0004-2004-CC/TC⁹, lo define y lo reconoce como un principio presupuestal constitucional. Este

9 “III. Los principios constitucionales presupuestarios (...)

9.4. Principio de equilibrio financiero.-

Previsto en el artículo 78 de la Constitución, que establece que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que

SERVIR ha indicado que con la aprobación de la Ley se deberá desembolsar un 25 % más de recursos no presupuestados.

proceso ventiló una cuestión de competencia existente entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, dado que el primero aducía tener facultades de presentar directamente su presupuesto ante el Poder Legislativo, sin pasar por la fase previa de análisis por parte del Poder demandado. Se resuelve en el sentido de que el Ejecutivo debe presentar al Congreso, sin modificación, el texto presentado por el Poder Judicial, pero este debe respetar el principio de equilibrio financiero.

Con relación a ello, en el inciso 3) numeral 2.2 del artículo 2 de la Ley N^o 31085, Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021, se señala que en todo dispositivo legal que autorice gastos no previstos en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2021 se debe especificar el financiamiento bajo sanción de ineficacia de los actos que se deriven de la aplicación normativa, motivo por el cual se podría colegir una posible contracción pues el artículo 5 de la Ley N^o 31131, nos indica:

Artículo 5.- Implementación de la Ley. La implementación de lo dispuesto en la presente ley se financia con cargo al presupuesto de cada entidad, autorizándoseles, además, a realizar las modificaciones presupuestales que sean necesarias para cumplir con lo dispuesto en la presente ley, sin demandar recursos al tesoro público ni afectar el gasto e inversión en material, infraestructura y demás elementos necesarios para la prestación idónea de los

el déficit fiscal genere un proceso perturbador de la normal marcha económica del país”.

A la fecha de la promulgación de la Ley N° 31131, el Tribunal Constitucional declaró que el Congreso no podía generar mayores gastos en el presupuesto público.

servicios públicos y respetando las disposiciones legales presupuestales.

Resulta cuando menos inverosímil que se piense que no se genera impacto en el presupuesto de las entidades, sobre todo si al momento de recibir la primera opinión de SERVIR, esta entidad, mediante Oficio N° 1783-2017-SERVIR/PE, se manifestó respecto del Proyecto de Ley inicial, signado con el N° 1888/2017-CR, señalando expresamente la existencia de altos costos en el proceso de implementación de la propuesta normativa de ese momento.

Pero resulta mucho más extraño que, conociendo del importe del impacto económico, el segundo dictamen emitido por la Comisión de Trabajo concluya señalando que las normas presupuestarias no pueden ser obstáculo para negar ni otorgar derechos sociales; así también precisa que el tránsito de los servidores CAS asimilados a los regímenes laborales existentes será de manera progresiva y conforme al presupuesto de cada entidad.

Esta argumentación esbozada por el Congreso parece olvidar que la Constitución, en su artículo 78, determina la obligación de que el presupuesto del Estado se encuentre

adecuadamente equilibrado, siendo esta una función propia del Poder Ejecutivo. Dentro de ese contexto, el inciso 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público, Decreto Legislativo N° 1440, determina que el equilibrio presupuestal está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente.

Es decir, el Estado no debe excederse en los gastos, la premisa básica es que solo se puede gastar hasta donde los ingresos alcancen, hecho que debe ser determinado de manera previa a la presentación del presupuesto ante el Congreso, privilegiando el cumplimiento de las políticas públicas de gasto. Para comprender bien el concepto de equilibrio presupuestal debemos tener también presente lo señalado por el artículo 2 del Decreto Legislativo que aprueba el Marco de la Responsabilidad y Transparencia Fiscal del Sector Público No Financiero, Decreto Legislativo N° 1276, el cual desarrolla los conceptos de sostenibilidad fiscal, predictibilidad fiscal, manejo transparente de las finanzas públicas y la responsabilidad fiscal.

Asimismo, el artículo 79 del texto constitucional señala que el Congreso de la República carece de iniciativa de gasto. Cabe tener presente que a la fecha de la promulgación de la Ley N° 31131, el mismo Tribunal Constitucional, al menos en dos ocasiones dentro de los últimos meses, declaró que el Congreso no podía generar mayores gastos en el presupuesto público.

En el Expediente N° 00011-2020-PI/TC, la sentencia emitida el 15 de diciembre de 2020, en los fundamentos jurídicos 160 y 161,

vinculado al nombramiento del personal CAS de ESSALUD al régimen del Decreto Legislativo N° 728, señaló que correspondía declarar inconstitucional los artículos 18, 19 y 20 de la Ley N° 31039 por colisionar con el principio de equilibrio presupuestal y transgredir el artículo 78 de la Constitución.

Asimismo, los fundamentos jurídicos del 24 al 26 claramente detallan que si el Congreso genera gasto al erario público, transgrede el artículo 79 de la Constitución, siendo un caso de “inconstitucionalidad manifiesta”, supuestos que además recogen ese mismo criterio, emitido de manera previa en sentencias de los años 2012 y 2015.

Adicionalmente, en el Expediente N° 00016-2020-PI/TC, caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones, en los fundamentos jurídicos 29 y 38, contenidos dentro de la sentencia emitida el 4 de febrero de 2021, se vuelve a repetir en el mismo sentido esa argumentación.

Entonces, cabe preguntarse cuál es la motivación que tienen los parlamentarios para emitir una norma que saben, desde antes de su aprobación, que esta es abiertamente inconstitucional. Por otro lado, un funcionario del Estado que viola las normas que regulan su actuar es responsable administrativamente por esta transgresión. Cabe preguntarse, ¿qué pasa con los congresistas que violan abiertamente la Constitución, que es la norma más importante de la nación?¹⁰. Si bien la motivación pudo haber sido adecuada, la defensa de derechos y la búsqueda de la igualdad no se puede ir por

10 Constitución Política del Perú

“Artículo 51.- Supremacía de la Constitución

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

Un servidor CAS, ante una posible inconstitucionalidad de la norma, ¿volverá a tener un vínculo de naturaleza temporal? Esta es una pregunta para la cual aún no hay respuesta.

una ruta que se sabe que no es la adecuada, pues se tiene pleno conocimiento que esta vulnera normas constitucionales, habiéndolo ya determinado el mismo Tribunal Constitucional, en diversas sentencias emitidas sobre temas iguales o similares.

Ahora bien, ¿qué sucede si la norma es declarada inconstitucional a raíz de la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo? Recordemos que el artículo 81 del Código Procesal Constitucional¹¹ determina que esta declaración rige a partir del día siguiente de su publicación. Entonces, se debe tener presente lo que dispone el primer párrafo del artículo 4 de la Ley N° 31131, el cual hace mención al carácter indefinido de los contratos administrativos de servicios y al despido únicamente por causa justa debidamente comprobada.

Un trabajador CAS que como consecuencia de la aplicación de la norma ha convertido su contrato a uno de carácter permanente e

11 Constitución Política del Perú

“Artículo 81.- Efectos de la sentencia fundada

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el diario oficial *El Peruano* y producen efectos desde el día siguiente de su publicación”.

La Ley entra en colisión con el principio constitucional de equilibrio presupuestal.

indefinido, como consecuencia de la sentencia, ¿volverá a tener un vínculo de naturaleza temporal? Esta es una pregunta para la cual aún no hay respuesta.

Finalmente, no se puede dejar de lado que una norma como esta ha generado que una cantidad considerable de personas haya visto limitada aún más su posibilidad de obtener un trabajo formal, aunque con derechos distintos a los demás regímenes generales, en una coyuntura de crisis económica generada por la pandemia y un proceso electoral en ciernes, situaciones que han contraído la economía de la nación.

IV. CONCLUSIONES

- Consideramos que la Ley entra en colisión con el principio constitucional de equilibrio presupuestal y la exigencia constitucional relativa a que el Congreso carece de iniciativa de gasto.
- Se genera un aumento en el gasto anual por planilla de remuneraciones en todo el Estado, incluida la Defensoría del Pueblo. No se podrá aplicar las remuneraciones que los CAS perciben a la fecha, pues no están en relación de las escalas remunerativas que se aplican en cada una de las entidades. Esto generará, además, un alza de los importes a cancelar en caso no exista equivalencia entre los montos a pagar por los puestos CAS con sus espejos en las escalas de los regímenes de los Decretos Legislativos N^{os} 276 o 728, dado que las remuneraciones no pueden ser reducidas

sin anuencia escrita y expresa del propio trabajador.

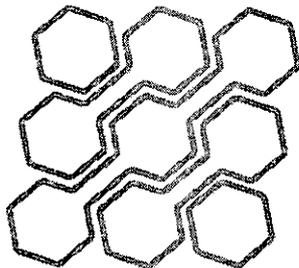
- Esta norma demuestra también que el proceso de tránsito hacia el régimen de la Ley de Servicio Civil no ha sido el adecuado, nacido de la falta de apoyo por parte del Ejecutivo y de una inadecuada regulación de tránsito de un régimen a otro, la misma que debería ser revisada.
- Las futuras contrataciones bajo el régimen CAS (teniendo en cuenta que está pendiente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional) solo se podrán realizar en los siguientes supuestos: a) CAS confianza; b) necesidad transitoria, cuya aplicación requiere de autorización expresa por mandato legal; y c) suplencia.
- Las contrataciones CAS deben paralizarse, inclusive las vinculadas a labores temporales como puede ser la supervisión de la labor del Estado en la lucha contra la pandemia. Este último supuesto estará supeditado a la determinación de si el otorgamiento de presupuesto público para el desarrollo de funciones temporales lleva intrínseca la autorización para contratar personal CAS para el cumplimiento de las mismas.
- Respecto a los procesos de selección en curso para la contratación CAS, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N^o 31131, las entidades no podrán continuar con el desarrollo de aquellos concursos públicos destinados a cubrir necesidades de naturaleza permanente que hasta el 9 de marzo de 2021 no hubieran concluido con la respectiva suscripción del contrato administrativo de servicios.
- Con relación al cómputo señalado en el literal b) del artículo 2 de la Ley N^o 31131, este también inicia a partir del 10 de marzo de 2021.

Finalmente, queda pendiente por absolver las consultas vinculadas a las responsabilidades de aquellas personas que, sabiendo que su actuar no es correcto, siguen emitiendo dispositivos

que contrarían la Constitución, así como si la probable declaratoria de inconstitucionalidad de la norma implica o no el retorno a la temporalidad de los trabajadores CAS o se generarán dos tipos de servidores bajo este régimen, los permanentes y los que están sujetos a plazo. Lo único que realmente queda claro es que la solución no puede demorar, sea porque es necesario adoptar una posición final para el correcto actuar del Estado peruano –que, ante la incertidumbre que genera la norma,

ha paralizado las contrataciones de este tipo de personal, con la consecuente desatención de las funciones que estos trabajadores iban a cumplir–, sea porque se han cortado las expectativas de empleo de miles de peruanos a nivel nacional, en un contexto de crisis económica y, consecuentemente, del mismo mercado de trabajo que supuestamente se defiende.





ESPECIAL DEL MES

EL SERVICIO CIVIL EN EL CONTEXTO DE LA COVID-19

La negociación colectiva en el sector público

Cuestionamientos formulados al Decreto de Urgencia N° 014-2020

En el presente artículo, el autor realiza un análisis del Decreto de Urgencia N° 014-2020, el cual establece disposiciones generales necesarias para la negociación colectiva del sector público. El autor indica que para algunos la norma es muy amplia y que comprende desde la limitación real de las partes para negociar hasta las pautas para que los árbitros puedan laudar; mientras que para otros la norma hace hincapié en que la inconstitucionalidad de la norma está más vinculada a la revisión de los laudos y convenios ya vigentes. Finalmente, el autor concluye que esta norma debió lograrse a través del diálogo social, por lo que si la norma se modificase, debe respetarse el diálogo social para obtener un resultado más consensuado.



LUIGINO PILOTTO CARREÑO

Abogado. Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Università degli Studi di Bologna. Vocal de la Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil - SERVIR. Vocal del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República.

PALABRAS CLAVE: Negociación colectiva en el sector público // Laudos arbitrales // Registro de informes económicos financieros // SERVIR // Remuneración // Ministerio de Economía y Finanzas

I. ANTECEDENTES

El derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos está reconocido en los artículos 28 y 42¹ de la Constitución, excluyéndose a todos

aquellos funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñen cargos de confianza o de dirección, así como a militares, policías, jueces y fiscales (artículo 153 de la Constitución)². En la administración pública la negociación colectiva debe desarrollarse de manera distinta a lo que ocurre en el sector privado, el Estado asume el rol de empleador y, como tal, es mayor su grado de

1 Artículo 42.- Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que

desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

2 Artículo 153.- Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga.

Antes de la dación del Decreto de Urgencia N° 014-2020 no se contaba con una norma que regule la actuación del Estado en el ámbito de la negociación colectiva económica.

responsabilidad y el deber de garantizar los derechos de sus servidores.

Ahora bien, dentro de ese ámbito también debe tenerse presente que es su deber el procurar la armonía entre el equilibrio presupuestal y la negociación colectiva. La negociación en el sector público está sujeta a la "disponibilidad presupuestal"; por tanto, su resultado no debe generar un exceso de gastos que conlleven un desbalance en el presupuesto general de la República³. Esta premisa está en consonancia con la obligación constitucional que obliga al Ejecutivo a presentar al Congreso un presupuesto equilibrado⁴.

Se debe recordar que la Ley de Servicio Civil, Ley N° 30057, determinaba que no era posible pactar condiciones económicas dentro de un proceso de negociación colectiva en el Estado, normas que fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional⁵. Es en esta sentencia donde se remarcó con mayor énfasis la existencia de este derecho constitucional para los servidores

públicos⁶. Asimismo, esta resolución determinó una *vacatio sententiae* de un año, computable desde la elección del nuevo Parlamento (2016), la cual ha vencido sin que exista ley aprobada.

En octubre de 2018, el Congreso aprobó la Ley de Negociación Colectiva, Ley N° 2075/2017-CR. No obstante, el Poder Ejecutivo observó la autógrafa de ley aprobada por el Congreso, alegando que no tomaba en cuenta los efectos presupuestales ni tampoco analizaba las consecuencias del costo fiscal, y presentó su propia propuesta. El 28 de enero del 2019, el Ejecutivo presentó ante el Congreso una propuesta de ley sobre negociación colectiva denominada "Ley que regula la Negociación Colectiva en el Sector Público".

Sin embargo, hasta antes de la dación del Decreto de Urgencia N° 014-2020 no se contaba con una norma que regule la actuación del Estado en el ámbito de la negociación colectiva económica.

El 23 de enero del 2020 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto de Urgencia N° 014-2020, Decreto de Urgencia que regula disposiciones generales necesarias para la negociación colectiva en

3 Ver STC Exps. N°s 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC, f. j. 67.

4 Artículo 78.- El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año.
(...)

El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado.

5 STC Exps. N°s 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC, acumulados.

6 140. El artículo 28 de la Constitución, en la parte pertinente, establece que: "[E]l Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga". Por su parte, el artículo 42 de la Constitución, en la parte pertinente, establece que "[s]e reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos". A través de una interpretación aislada y restrictiva de estas disposiciones se podría obtener el sentido interpretativo de que los servidores públicos no tienen derecho a la negociación colectiva, toda vez que la disposición contenida en el artículo 42 de la Constitución omite su reconocimiento de manera expresa. Una interpretación de naturaleza resulta contraria a la Constitución por cuanto no es conforme con una lectura unitaria y sistemática de las disposiciones de la norma fundamental.

141. Precisamente, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 28 y 42 de la Constitución se puede obtener el sentido interpretativo de que los empleados o servidores públicos tienen derecho a la negociación colectiva, toda vez que el primero de los artículos mencionados reconoce de manera expresa dicho derecho a todos los trabajadores, entre los que se encuentran los trabajadores públicos, mientras que el segundo no los excluye expresa o implícitamente a este grupo de trabajadores. En el mismo sentido, este Tribunal ha establecido que la ausencia de individualización semántica de este derecho en el artículo 42 de la Constitución no tiene por objeto excluir de su reconocimiento a los trabajadores o servidores públicos, sino enfatizar la importancia de los derechos a la sindicalización y huelga en este grupo de trabajadores (STC Exp. N° 0003-2013-P11TC, f. j. 46).

el sector público. Dicho decreto recogió, en gran parte, las propuestas iniciales del Poder Ejecutivo presentadas el 2019 ante el Parlamento, con algunas modificaciones.

Como mencioné en un artículo anterior, publicado en noviembre del año pasado (Pilotto, 2019):

Al momento de pensar en la distribución de los ingresos del Estado peruano, lo primero que debemos tener en cuenta es que sus recursos son limitados. Asimismo, se debe considerar que estos deben repartirse entre los distintos gastos que se deben hacer, buscando priorizar aquellos que resultan trascendentes para satisfacer las necesidades de la población, dentro de un marco de cierre de las brechas existentes. (p. 15)

Es cierto, en nuestro país los recursos que tiene el Estado son finitos y las brechas a cerrar en diversos sectores son muy grandes. No tenemos buena educación, buena salud, buenos medios de transporte y comunicación, buena seguridad ciudadana, entre otras. Todas estas necesidades son cubiertas con los recursos del Tesoro Público, el cual tiene como una de sus principales fuentes de recursos los tributos, los mismos que no todos los peruanos pagamos. Sin embargo, cuando tenemos que reclamar dichos servicios, lo hacemos con un ímpetu que sería bueno que también lo tengamos para cumplir con nuestras obligaciones.

También es cierto que en el Estado se ha abusado de las facultades que se otorgan a los trabajadores y a los árbitros dentro de un proceso de negociación colectiva. Se han otorgado derechos que, ciertamente, son aumentos de remuneraciones ocultos, violando todas las normas que limitan tal acción y poniendo en riesgo el equilibrio presupuestal del mismo Estado, si se ve el tema en global, y de la propia entidad, si vemos el tema desde el punto de vista de una sola institución.

Esta situación considero que se debe, primeramente, a un sistema perverso de arbitraje donde el árbitro solamente puede elegir una de las propuestas presentadas por las partes, sin poder mediatizarlas, sistema en el cual los trabajadores inflan sus pedidos y los empleadores no pueden ofrecer nada o casi nada, pues cualquier otorgamiento de un beneficio laboral implica un gasto y, por lo tanto, afecta el presupuesto, no pudiendo, sobre todo, ofrecer ningún

tipo de retribución económica en aplicación de lo dispuesto por la Ley de Presupuesto.

En segundo lugar se debe tener presente el retraso de las remuneraciones en el sector público. El caso más patético es el de la Oficina Nacional de Procesos Electorales - ONPE, la cual, desde la aprobación de su primera escala, allá por el año 1998⁷, no ha visto modificación alguna en los ingresos de sus trabajadores. Vale decir, 22 años sin incrementos remunerativos. Tomando en cuenta ese caso y los índices de inflación publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI y por las memorias del Banco Central de Reserva - BCR tendríamos el siguiente cuadro:

ANO	INFLACION
1998	7,3
1999	3,5
2000	3,8
2001	0,1
2002	1,5
2003	2,5
2004	3,5
2005	1,5
2006	1,1
2007	3,9
2008	6,7
2009	0,3
2010	2,1
2011	4,7
2012	2,65
2013	2,86
2014	3,22
2015	4,4
2016	3,22
2017	1,36
2018	2,48
2019	1,9
TOTAL PERIODO	64,39

7 Decreto Supremo N° 075-98-EF.

« En el Estado se ha abusado de las facultades que se otorgan a los trabajadores y a los árbitros dentro de un proceso de negociación colectiva. »

Sabemos, por información de amigos economistas, que esta sumatoria no es exacta, pues deben entrar otros factores adicionales, sin embargo, me indicaron que es un buen referente. Entonces, tomando como referencia lo que gana a la fecha un Asistente 1-A de la citada entidad, haremos un análisis muy básico para comparar su remuneración a la fecha, de acuerdo a la inflación acumulada. Ese trabajador en el año 1998 ganaba S/ 4310,00; si el cálculo no me falla, a la fecha recibe el equivalente de S/ 1574,79 de esa época, es decir, no ha mantenido su nivel adquisitivo. Este es un puesto promedio para el cual se solicita como perfil grado de bachiller o título profesional y, cuando menos, cuatro años de experiencia en el cargo. Regularmente, un representante de los trabajadores nace de los niveles remunerativos por debajo de los directivos (quienes no pueden sindicalizarse por mandato constitucional), por lo que tomamos este cargo como referente.

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos tiene una escala que le fue aprobada en el año 2013, mediante Decreto Supremo N° 321-2013-EF, es decir, a la fecha tiene casi 7 años de vigencia. Al día de hoy tendría una disminución cercana al 20 % del valor adquisitivo por efecto de la inflación. Esto quiere decir que los trabajadores del Estado, bien o mal pagados, han visto un retroceso de su capacidad adquisitiva por efecto de la inflación solamente. Lo mismo pasa, por ejemplo, con el Servicio Nacional de Sanidad Agraria - SENASA, cuya escala se aprobó en el año 2010, mediante Decreto Supremo N° 098-2010-EF, es decir una pérdida de casi 29 % de sus ingresos. Si bien esta lógica no es suficiente como para vulnerar una norma, se

entiende esa necesidad de todo el sector público de tratar de recuperar la capacidad adquisitiva perdida.

A eso debemos sumar una causal que ha sido esgrimida por los sindicatos, últimamente, una inadecuada elección de interlocutores, la mayor parte, personas vinculadas al Ministerio de Economía y Finanzas, contratados como Profesionales Altamente Calificados - PAC que, de acuerdo con la escala publicada en el portal institucional (MEF, 2019), perciben un ingreso mensual de S/ 25 000. Ciertamente, no es remuneración, por lo que, *grosso modo*, si tuviéramos que considerar dicho importe como remuneración, percibirían aproximadamente la suma de S/ 20 000 mensuales, suma superior a lo que reciben por dicho concepto la mayor parte de los titulares de pliego de las diversas entidades del Estado peruano. Cabe precisar que estas críticas no toman en consideración la naturaleza del cargo y las responsabilidades asumidas por el personal de los ministerios que se encuentran comprendidos dentro del sistema PAC. Claro que sería mucho mejor, en caso de quererse contratar personal calificado en el sector público, no dar medidas populistas como las que establecieron límites remunerativos que no se han movido desde el año 2004 y que establece como tope para los titulares de pliego (cabezas de las entidades) un equivalente a S/ 15 600,00.

Teniendo presente estos antecedentes, procedamos a analizar los alcances del Decreto de Urgencia emitido para regular la negociación colectiva en el Estado.

II. CONTENIDO DEL DECRETO DE URGENCIA

1. Niveles de negociación colectiva

Esta disposición establece que las negociaciones colectivas en las entidades del sector público se regirán bajo los siguientes principios: legalidad, autonomía colectiva, buena fe negociada, equidad, respeto de funciones y competencias, previsión y provisión presupuestaria, y responsabilidad y sostenibilidad fiscal.

Esta norma no define, de manera que consideramos que cuando menos, en líneas generales,

debemos recordar qué significa cada uno de estos principios. Legalidad, de acuerdo con el numeral 1.1 del inciso 1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, es definida como: **"Principio de legalidad.** - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas". Es decir, las autoridades administrativas solo pueden hacer lo que la ley les permite hacer dentro del marco normativo vigente.

Por otro lado, autonomía colectiva, de acuerdo con el Dr. Palomeque, es "potestad que comparten los grupos sociales de autorregulación de intereses contrapuestos" (Palomeque, 1986, p. 30). Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 29 de la sentencia recaída sobre la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, Expediente N° 008-2005-AI/TC, señala lo siguiente:

29. Se le define como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. En puridad, **emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y sus empleadores.** (El resaltado es nuestro)

Por su parte, buena fe negocial, de acuerdo con el artículo 54 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, debe entenderse este principio de la siguiente manera:

Artículo 54.- Es obligatoria la recepción del pliego, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable.

Las partes están obligadas a negociar de buena fe y a abstenerse de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraria, sin menoscabo del derecho de huelga legítimamente ejercitado.

Es decir, buena fe es no actuar de manera lesiva contra la parte con la que se negocia. Dentro de ese esquema, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 16 de la STC Exp. N° 3561-2009-AA/TC,

 **Se han otorgado derechos que son aumentos de remuneraciones ocultos, violando las normas y poniendo en riesgo el equilibrio presupuestal del Estado.**

implica que ambas partes actúen con lealtad, buscando realmente llegar a acuerdos⁸.

Por otro lado, se hace referencia a la equidad. Este no es un principio propiamente del Derecho del Trabajo, sino que informa a todo el Derecho en general. La equidad interpreta la ley e impide que esta pueda ser aplicada en perjuicio de algunas personas. Se debe tener presente la premisa que todos somos iguales ante la ley.

El siguiente principio tampoco es laboral, está más vinculado al quehacer administrativo y de asignación de las competencias. Nos referimos al respeto de funciones y competencias. De acuerdo con el proyecto del Reglamento, prepublicado por SERVIR, se entiende este por no invadir competencias,

8 16. Para que la negociación colectiva funcione eficazmente, las dos partes deben actuar con buena fe y lealtad para el mantenimiento de un desarrollo armonioso del proceso de negociación colectiva, es decir, deben realizar un esfuerzo sincero de aproximación mutua para obtener un convenio. Sin embargo, como la buena fe no se impone por ley, únicamente puede obtenerse de los esfuerzos voluntarios, recíprocos, serios y continuos de los empleadores y trabajadores. Por ello, es importante que tanto los empleadores como los sindicatos participen en las negociaciones de buena fe y hagan todo lo posible y necesario para llegar a un acuerdo razonable y coherente, es decir, que debe buscarse la celebración de negociaciones verdaderas, eficientes, eficaces y constructivas. De este modo, este Tribunal considera, a modo de ejemplo, que negarse a suministrar la información necesaria, a formular contrapropuestas, a fijar una fecha de reunión o a acordar mecanismos procedimentales, son comportamientos que muestran la ausencia de buena fe en la negociación.

Las negociaciones colectivas en las entidades del sector público se regirán bajo los principios de legalidad, autonomía colectiva, buena fe negocial, equidad, previsión y provisión presupuestaria, y responsabilidad y sostenibilidad fiscal, entre otros.

a través de la negociación colectiva, que son propias de otras instancias de gobierno o de otras entidades⁹.

Ahora comenzamos con los principios propios de materia presupuestaria. El de previsión y provisión presupuestaria. Más que principios considero que son condiciones a cumplir vinculadas al principio general, contenido dentro del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1276; Decreto Legislativo que aprueba el Marco de la Responsabilidad y Transparencia Fiscal del Sector Público

9 Artículo 11.- Materias que no son objeto de negociación colectiva

De conformidad con el principio de respeto de funciones y competencias, no son objeto de la negociación colectiva las siguientes materias:

1. La estructura de las entidades del Sector Público.
2. Las políticas de competencia de las entidades del Sector Público.
3. Las atribuciones de dirección, administración y fiscalización de las entidades del Sector Público.
4. El nombramiento, contratación de servidoras/es públicas/os o de trabajadoras/es y la recategorización de los cargos, progresión, promoción, cese, puestos o plazas.
5. La aplicación o interpretación de normas de orden público.
6. Otras que se señalen expresamente mediante ley o decreto supremo.

No Financiero¹⁰, salvo mejor parecer. Estos, entonces, serían conceptos vinculados a las acciones de analizar hasta dónde se pueden comprometer los recursos presupuestales y ver la afectación a futuro de los referidos recursos presupuestales, generados por el compromiso asumido en la negociación colectiva (previsión). Por otro lado, considero que me indica que solamente se puede hacer ese compromiso si se cuentan con los recursos necesarios para cubrir el gasto (provisión).

Finalmente, responsabilidad y sostenibilidad fiscal, los cuales tampoco los considero como principios, desde el punto de vista jurídico, sino como líneas o premisas a ser respetadas al momento de establecer el gasto. El previamente citado artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1276, contiene la siguiente definición "(...) la responsabilidad fiscal implica el compromiso a seguir un manejo fiscal prudente y disciplinado que incluya el estricto cumplimiento del marco macro fiscal contenido en la presente norma, con el objetivo de preservar la estabilidad macroeconómica". Por otro lado, la sostenibilidad fiscal, de acuerdo con Luis A. Arias, Elmer Cuba y Raúl Salazar: "(...) la sostenibilidad implica un concepto intertemporal, que tiene que ver con patrones temporales de gasto, de ingreso y de deuda externa" (Arias, Cuba y Salazar, 1997, p. 26), es decir, no gastar más de lo debido.

Ahora bien, dado que ya tenemos más claro qué implica cada "principio" rector, debemos ver cómo este decreto de urgencia determina las modalidades de negociación colectiva (**centralizado**,

10 Artículo 2.- Principio General

- 2.1 El Estado busca asegurar permanentemente la sostenibilidad fiscal, la predictibilidad del gasto público y el manejo transparente de las finanzas públicas, que permita la evaluación constante y la adopción oportuna de medidas correctivas. Para ello, debe acumular superávits fiscales en los períodos favorables y permitir únicamente déficits fiscales moderados y transitorios en períodos de menor crecimiento.
- 2.2 El manejo transparente de las finanzas públicas se lleva a cabo mediante los mecanismos previstos en la normativa vigente y siguiendo las mejores prácticas internacionales. Asimismo, la responsabilidad fiscal implica el compromiso a seguir un manejo fiscal prudente y disciplinado que incluya el estricto cumplimiento del marco macro fiscal contenido en la presente norma, con el objetivo de preservar la estabilidad macroeconómica.

centralizado especial y descentralizado). Estas fueron propuestas originalmente por el Ejecutivo como proyecto de ley ante el anterior Parlamento.

No obstante, realiza ciertas modificaciones a la conformación y los alcances de cada una (ver cuadro N° 1).

Cuadro N° 1
Modalidades de negociación colectiva con el Estado

Rubro/nivel	Centralizado	Centralizado especial	Descentralizado
Entidades incluidas	<p>Poder Ejecutivo (Ministerios, organismos públicos adscritos y universidades públicas), con excepción de los que se encuentren previstos en otros niveles de negociación.</p> <p>Gobiernos regionales y organismos públicos adscritos</p>	<p>Sector salud Todo personal de salud al que se refiere el Decreto Legislativo N° 1153.</p> <p>Sector educación Docentes y auxiliares de la Ley N° 29944, la Ley N° 30512 y la Ley N° 30220</p>	<p>Poder Legislativo Poder Judicial Organismos Constitucionalmente Autónomos (Defensoría del Pueblo) SUNAT ESSALUD INPE Gobiernos locales y organismos públicos adscritos Empresas públicas no contenidas en los otros niveles</p>
Partes de la negociación	<p>Comisión <i>ad hoc</i> del Poder Ejecutivo</p> <p>Representantes de las organizaciones sindicales de servidores sujetos a los regímenes: Decreto Legislativo N° 276, Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 1057 y Ley del Servicio Civil</p>	<p>Comisión <i>ad hoc</i> del Poder Ejecutivo</p> <p>Representantes de las organizaciones sindicales de servidores comprendidos en las normas de carreras especiales del respectivo sector</p>	<p>Comisión <i>ad hoc</i> de cada entidad, designada según el reglamento</p> <p>Representantes de las organizaciones sindicales de los trabajadores de la entidad o empresa pública</p>
Materia negociable	Condiciones económicas y de productividad	Condiciones económicas y no económicas y de productividad	Condiciones económicas y no económicas y de productividad

Conforme se aprecia en el gráfico anterior, la principal diferencia entre los niveles de negociación se encuentra en las entidades sujetas a cada uno de estos niveles. Se está estableciendo que existen

claras diferencias sobre qué se debe negociar, quién debe negociar y con quién, básicamente sustentado en el tipo de entidad que es y a qué nivel de gobierno se encuentra adscrita.

En la modalidad centralizada:

Qué se debe negociar	Quién negocia por el Estado	Quién negocia por los trabajadores
Condiciones económicas	Comisión <i>ad hoc</i> nombrada por el Ejecutivo	Sindicatos mayormente representativos. Serán representantes de trabajadores de los distintos regímenes laborales de acuerdo con las pautas que dará el reglamento. Por la redacción se puede inferir que la negociación será a nivel superior de representación sindical y no de sindicatos de base.
Condiciones no económicas y de productividad	Comisión <i>ad hoc</i> nombrada por la entidad	Representantes de trabajadores de los sindicatos mayormente representativos de la entidad o empresa

En la modalidad centralizada especial:

Qué se debe negociar	Quién negocia por el Estado	Quién negocia por los trabajadores
Condiciones económicas, no económicas y de productividad	Comisión <i>ad hoc</i> nombrada por el Ejecutivo	En educación y salud, representantes del sindicato mayormente representativo, pudiendo formarse coaliciones de sindicatos. Los sindicatos menos representativos pueden negociar, haciendo coaliciones. Por la redacción se puede inferir que la negociación será a nivel superior de representación sindical y no de sindicatos de base.

En la modalidad descentralizada:

Qué se debe negociar	Quién negocia por el Estado	Quién negocia por los trabajadores
Condiciones económicas, no económicas y de productividad	Comisión <i>ad hoc</i> nombrada por la entidad o empresa	Representantes de trabajadores de los sindicatos mayormente representativos de la entidad o empresa; en este caso, el convenio alcanza a todos los trabajadores. De no haber sindicato mayoritario, el convenio suscrito con uno minoritario abarca solo a sus afiliados (criterio usado en el sector privado).

Dentro de ese esquema debemos preguntarnos cuál es la razón para hacer esa división. No conocemos de una exposición de motivos que explique las motivaciones que generen dicha división y tratamiento diferenciado.

2. Reglas generales para la negociación colectiva

La representación de los servidores públicos presenta ante su entidad **un solo pliego** de reclamos cada dos años, entre el 1 y el 30 de junio. No se pueden presentar los años anteriores a la realización de una elección en la que se elijan a las autoridades que negociarán.

Por un lado, la primera determinación podrá ser criticada, pues se dirá que limita la negociación colectiva cuando exista más de un sindicato por pliego, cosa que podría ser cierta, pero, obviamente, al ser el Estado consideramos que lo que se ha buscado es que las condiciones al interno de una misma entidad no sean disímiles entre uno y otro grupo de trabajadores.

La segunda disposición resulta particularmente lógica, pues en una realidad como la nuestra, donde la confrontación entre organizaciones políticas es lo normal, podría darse el caso que, solamente con la intención que se presenten problemas a un gobierno entrante, el que está de salida acepte condiciones excesivamente onerosas para el erario público, de tal forma que el nuevo gobierno tenga problemas desde un comienzo para cubrir sus compromisos y, por lo tanto, pierda rápidamente popularidad o, desde un inicio, no pueda cumplir con las promesas de campaña, cosa que también generaría el mismo efecto.

Este pliego de reclamos, una vez recibido, la entidad lo remite al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), a fin de que este emita el respectivo **informe económico financiero**. Dicho informe contiene la valorización del pliego de reclamos, la situación económica, financiera y fiscal del sector público, la disponibilidad presupuestaria, su proyección y la gestión fiscal de los recursos humanos de la entidad pública, así como el **máximo negociable**.

Hablando en cristiano, el MEF determina cuánto cuesta al Tesoro Público el cubrir lo solicitado en

« La responsabilidad fiscal implica el compromiso a seguir un manejo fiscal prudente y disciplinado que incluya el estricto cumplimiento del marco macro fiscal. »

el pliego de reclamos, si el sector público, primero y, la entidad, después, se encuentran en posibilidades económicas de satisfacer dichas pretensiones, estableciendo también en el referido informe hasta dónde se puede negociar sin tener problemas financieros. Este es otro aspecto que ha sido muy discutido, pues se ha dicho que es el MEF el que señala qué se debe negociar y qué no, por lo que, en realidad, el interlocutor del sindicato no es la entidad, sino el mencionado ministerio, sea cual fuere el nivel de negociación.

Es recién a partir de la emisión del informe económico financiero que las partes pueden iniciar sus reuniones de trato directo. Es importante señalar que **contravenir lo establecido en el informe económico financiero constituye causal de nulidad del convenio colectivo o el laudo arbitral**. Corresponde al procurador público de la entidad iniciar acciones para impugnar el convenio o laudo, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas contra los responsables.

Esta variable tiene dos aristas que han sido materia de críticas. Una primera vinculada a la autonomía colectiva. Mario Pasco Cosmópolis señalaba que "La autonomía colectiva –en definición ya clásica de Santoro Pasarelli que recoge Giugni y con él prácticamente toda la doctrina– es un 'fenómeno de autorregulación de intereses privados entre grupos contrapuestos'" (Pasco, 1995, p. 65). Este principio, conjuntamente con el de equidad, es recogido dentro del artículo 2 del Decreto de Urgencia, como aquellos que rigen el proceso de negociación colectiva. Como señalamos previamente, equidad

« El informe económico financiero contiene la valorización del pliego de reclamos, la situación económica, financiera y fiscal del sector público, la disponibilidad presupuestaria, su proyección y la gestión fiscal de los recursos humanos de la entidad, así como el máximo negociable. »

implica la igualdad de las partes al momento de negociar. **El someter la decisión de una de las partes y, por lo tanto, el resultado de la negociación a un informe del MEF, si bien busca mantener el equilibrio financiero del Estado, podría vulnerar los principios que fundamentan el proceso de negociación.** Esta posición ha sido esgrimida en distintos foros por reconocidos juristas como Javier Neves Mujica y Guillermo Boza Pro.

Por otro lado, algunos expertos como Nancy Laos, Víctor Ferro y Fernando Varela coinciden en que esta posición es una consecuencia evidente del inadecuado uso que se hizo de las facultades otorgadas tanto a las partes como a los mismos árbitros, los que pactaron u otorgaron beneficios más allá de los permitidos, poniendo en riesgo el equilibrio presupuestal de la entidad. Inclusive, Javier Neves coincide en que se debe buscar ese equilibrio entre el presupuesto público y el ejercicio de un derecho fundamental como es la negociación colectiva.

Por mi parte, coincido que ha habido un abuso de parte de algunas organizaciones sindicales, así como de algunos árbitros, quienes se olvidaron de la naturaleza de los recursos de los cuales nace el pago de las obligaciones contenidas dentro de un convenio colectivo y buscaron obtener el máximo provecho que les genere, como representantes, el

mayor rédito en su prestigio, a fin de alcanzar, probablemente, otras metas a futuro.

Ciertamente, resulta cuestionable la limitación de los criterios que deben usar los árbitros al momento de laudar, así como limitar el acceso a esta forma de solución del conflicto solamente a las entidades que pueden realizar negociaciones descentralizadas. Esto es, a mi criterio, una vulneración evidente del inciso 2 del artículo 28 de la Constitución¹¹, el cual claramente determina que es obligación del Estado promover las soluciones pacíficas de los conflictos laborales. Cabe preguntarse qué salida tienen los trabajadores que negocian centralizadamente; como resulta obvio, solamente la huelga, la promoción de las soluciones pacíficas de los conflictos laborales, antes mencionada.

Dentro de esa línea de ideas se debe tener presente también lo señalado por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 6167-2005-PCH/TC, en el que se determinó, como precedente vinculante, que los principios constitucionales de administración de justicia son obligatorios en el arbitraje¹².

-
- 11 Artículo 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:
(...)
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.
La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
- 12 8. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado.
Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado: "(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:
a) Conflicto entre las partes.
b) Interés social en la composición del conflicto.
c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
d) Aplicación de la ley o integración del derecho".

Qué duda cabe que, *prima facie*, la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia y, en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y, por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional, sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

Inclusive, el fundamento 9 de esa sentencia remarca la necesidad de respetar la independencia en la adopción de las decisiones arbitrales cuando menciona:

9. Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso.

En tal sentido, el circunscribir la decisión del árbitro a un informe del MEF podría plantear el supuesto de la vulneración de los principios de administración de justicia contenidos dentro del artículo 139 de la Constitución, principalmente el contenido dentro del inciso 2 de dicha norma¹³. **Finalmente, se podría estar vulnerando las facultades de control difuso reconocidas por el Tribunal Constitucional a la jurisdicción arbitral¹⁴.**

13 Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

14 "Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; 'por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51 (...), más aún si ella misma (artículo 38) impone a todos -y no solo al Poder

❖ Contravenir lo establecido en el informe económico financiero constituye causal de nulidad del convenio colectivo o el laudo arbitral. ➤

El incumplimiento de lo dispuesto por el informe del MEF genera las consecuencias que se señalan a continuación (ver cuadro N° 2 en la página siguiente).

Adicionalmente, se determina la necesidad de crear un nuevo registro de árbitros a cargo de la Autoridad Nacional de Servicio Civil - SERVIR, dejando sin efecto uno existente a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - MTPE. Sin embargo, algunos disintieron de dicha posición, pues argumentaron que ese registro del MTPE se había convertido en una traba de acceso, pues desde el 2003 que en dicha entidad no se realizaba los cursos que permitían acceder al referido registro, por lo que era razonable que no permaneciese por más tiempo en dicho sector. En esencia, permitía solamente a un pequeño grupo el poder ser válidamente elegido como árbitro para procesos de negociación colectiva en el sector público.

Judicial- el deber de respetarla, cumplirla y defenderla' (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 9)". (f. j. 24).

"No obstante, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto, como se acaba de expresar, de modulación por este supremo intérprete de la Constitución, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional. Por ello, se instituye la siguiente regla: el control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Solo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes". (f. j. 26, Exp. N° 000142-2011-PA/TC).

Cuadro N° 2

Consecuencias del incumplimiento de lo dispuesto por el informe del MEF

SEDE ADMINISTRATIVA	Inicio de acciones judiciales contra el convenio, de manera obligatoria por el procurador ¹⁵ .	Determinación de responsabilidades para funcionarios que suscriban convenio en sede administrativa, civil y penal.
SEDE ARBITRAL	Inicio de acciones judiciales contra el laudo, de manera obligatoria por el procurador.	Exclusión del árbitro del registro de árbitros del sector público, a cargo de SERVIR, así como de aquellos procesos arbitrales en los cuales haya sido nombrado y aún no hubiesen concluido.

Sin embargo, este Decreto de Urgencia tiene una norma que establece que mientras no se constituyese el mencionado registro, las partes podían escoger a los árbitros entre abogados de reconocido prestigio y previa anuencia de SERVIR. Primero se generan dudas sobre qué significaba reconocido prestigio. A ello debemos agregar que la libertad de elección de las partes de quiénes pueden ser los árbitros se podría ver limitada, al requerirse el aval de SERVIR.

Los arbitrajes siempre serán realizados por un Tribunal, de acuerdo por lo planteado por el proyecto de reglamento, prepublicado por SERVIR, siguiendo criterios de limitación para ser árbitros muy similares a los establecidos para los proveedores en la Ley de Contrataciones del Estado.

Fernando Varela ha señalado que para una adecuada implementación del registro se deben incluir en el reglamento condiciones que sean

objetivamente comprobables aplicables a todos los que deseen ser árbitros laborales en el sector público, es decir, iguales para todos, de tal forma que no se pueda pensar en aplicaciones subjetivas de las facultades otorgadas a SERVIR.

Acerca de la conformación del tribunal arbitral, la norma determina que corresponde a cada una de las partes elegir a un árbitro y a estos efectuar la designación del presidente del tribunal. **En caso los árbitros designados por las partes no se pongan de acuerdo en la designación del presidente, este será elegido por un sorteo de SERVIR** dentro de los cinco días hábiles siguientes de haber tomado conocimiento del hecho. Esta disposición es coherente con el espíritu constitucional antes mencionado.

3. Características del informe del MEF

- a) Debe valorizar el pliego de reclamos, es decir, su repercusión presupuestaria.
- b) Debe determinar cuál es la situación económica, financiera y la disponibilidad presupuestal del sector público. Consideramos que esta disposición es extremadamente amplia, por lo que el reglamento debería determinar cuál es el ámbito de esta disposición y cómo se aplicará, sobre todo en la modalidad de negociación descentralizada.

¹⁵ Esta disposición podría vulnerar el principio de autonomía funcional contenido dentro del literal b) del artículo 5 de la Ley de Defensa Jurídica del Estado, Decreto Legislativo N° 1068, el cual determina lo siguiente: "b) Autonomía funcional: La Defensa Jurídica del Estado se ejerce por medio de los Procuradores Públicos, quienes actúan con autonomía en el ejercicio de sus funciones, quedando obligados a cumplir los principios rectores del sistema".

- c) Proyección y gestión fiscal de los recursos humanos de la entidad. Se entiende por gestión fiscal de los recursos humanos la utilización eficiente de los recursos públicos en las planillas de remuneraciones, garantizando la sostenibilidad y responsabilidad fiscal¹⁶. Este último concepto lo encontramos dentro del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1276, el cual señala que la responsabilidad fiscal es el respeto de las reglas macrofiscales del gasto.
- d) El MEF debe tener presente situaciones excepcionales como la caída del PBI en 2.0 puntos, si se han suscrito cláusulas de excepción para la aplicación de las reglas macrofiscales, las cuales solo pueden durar un año o si se presentan desastres naturales o aquellos generados por el hombre (antrópicos) de gran magnitud.
- e) No se puede empezar la negociación colectiva si no se cuenta con el referido informe. De acuerdo con César Abanto, esto genera demoras innecesarias, pues el informe contiene información que el MEF maneja de manera permanente.
- f) Una disposición que ha generado controversias es la necesidad que existe de que se considere como requisito indispensable para la emisión del informe económico financiero que los servidores y trabajadores de empresas públicas y sus ingresos se encuentren previa y debidamente registrados en el Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público (AIRHSP), siendo esta una obligación propia de la administración pública, tanto de las oficinas de RR. HH. como del propio MEF.

4. Consideraciones adicionales

Los convenios colectivos suscritos **hasta el 28 de febrero** deben ser tomados en consideración por el titular de la entidad para la programación multianual y formulación presupuestaria del año vigente, para su **implementación** con cargo al presupuesto institucional del **siguiente año fiscal**.

Los convenios colectivos o laudos de índole laboral tienen una vigencia mínima de dos años.

En caso el convenio o laudo se produzca **después del 28 de febrero** deberá ser considerado en el proceso de programación multianual y formulación presupuestaria de la entidad en el año siguiente, para su **implementación** con cargo al presupuesto institucional del **subsiguiente año fiscal**.

Los convenios colectivos o laudos de índole laboral tienen una **vigencia mínima de dos años**. Asimismo, tienen **carácter no acumulativo** y se aplica para todos los servidores públicos y los trabajadores de entidades o empresas públicas en el nivel de negociación.

Las negociaciones colectivas y arbitrajes de índole laboral de entidades del sector público que se encuentren en proceso deben adecuarse a las reglas previstas en el Decreto de Urgencia N° 14-2020.

Durante el año fiscal 2020 únicamente pueden presentar su pliego de reclamos las organizaciones sindicales de las entidades del sector público que **no tengan o no hayan iniciado alguna negociación** colectiva que incluya condiciones económicas **durante los años 2016, 2017, 2018 y 2019**. La presentación de dicho pliego de reclamos se puede realizar hasta el 31 de marzo del 2020. Esta disposición también ha sido criticada por limitar las posibilidades de iniciar proceso de negociación colectiva, de manera unilateral, como Estado.

Asimismo, este decreto crea el **registro de informes económicos financieros** elaborados por el MEF, convenios colectivos celebrados y laudos arbitrales emitidos a partir de la entrada en vigencia del decreto, es decir, a partir del 25 de enero de 2020. Dicho registro estará a cargo de SERVIR y los

16 Artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1442.

Se crea el registro de informes económicos financieros elaborados por el MEF, convenios colectivos celebrados y laudos arbitrales emitidos a partir del 25 de enero de 2020. Dicho registro estará a cargo de SERVIR.

requisitos para la inscripción y publicación respectiva se establecerán en el reglamento del Decreto de Urgencia.

III. CONCLUSIONES

- No existe un criterio único respecto a la inconstitucionalidad de la norma. Algunos consideran que este es muy amplio y comprende desde la limitación real a las partes para negociar hasta las pautas establecidas para que los árbitros puedan laudar, pasando por la elección de los mismos, mientras no se constituya el nuevo registro. Otros hacen hincapié en que la inconstitucionalidad está más vinculada a la revisión de los laudos y convenios ya vigentes.
- Se considera que esta norma debió lograrse a través del diálogo social, lo que no se cumplió. Sin embargo, si la norma se modificase, debe respetarse el diálogo social a fin de obtener un resultado más consensuado.
- El informe del MEF, como lineamiento vinculante, podría ser un impedimento si se supedita

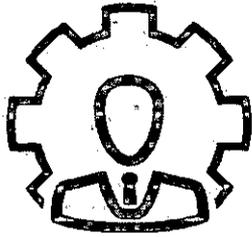
el inicio de las negociaciones a su emisión. En cualquier caso, debería poderse negociar y tener como un insumo, cuando se emita este informe del MEF.

- Asimismo, el mencionado informe, al tener un sentido vinculante para las partes y para los mismos árbitros, deja de ser un insumo y pasa a ser un criterio determinante.
- Lo antes expuesto es una clara consecuencia del inadecuado uso de las facultades amplias que han tenido los sindicatos y los árbitros, lo cual ha puesto en riesgo el equilibrio presupuestal de muchas entidades, haciendo que no sea factible el cumplimiento del servicio público, para el cual fueron creadas.
- Existe coincidencia en la doctrina nacional en que no resulta factible la revisión de convenios y laudos emitidos con anterioridad a la emisión de la norma.
- Es saludable que no se pueda negociar de manera previa a un proceso electoral, dado que puede cambiar sustancialmente las condiciones que el nuevo gobierno encuentre al asumir sus responsabilidades.

REFERENCIAS

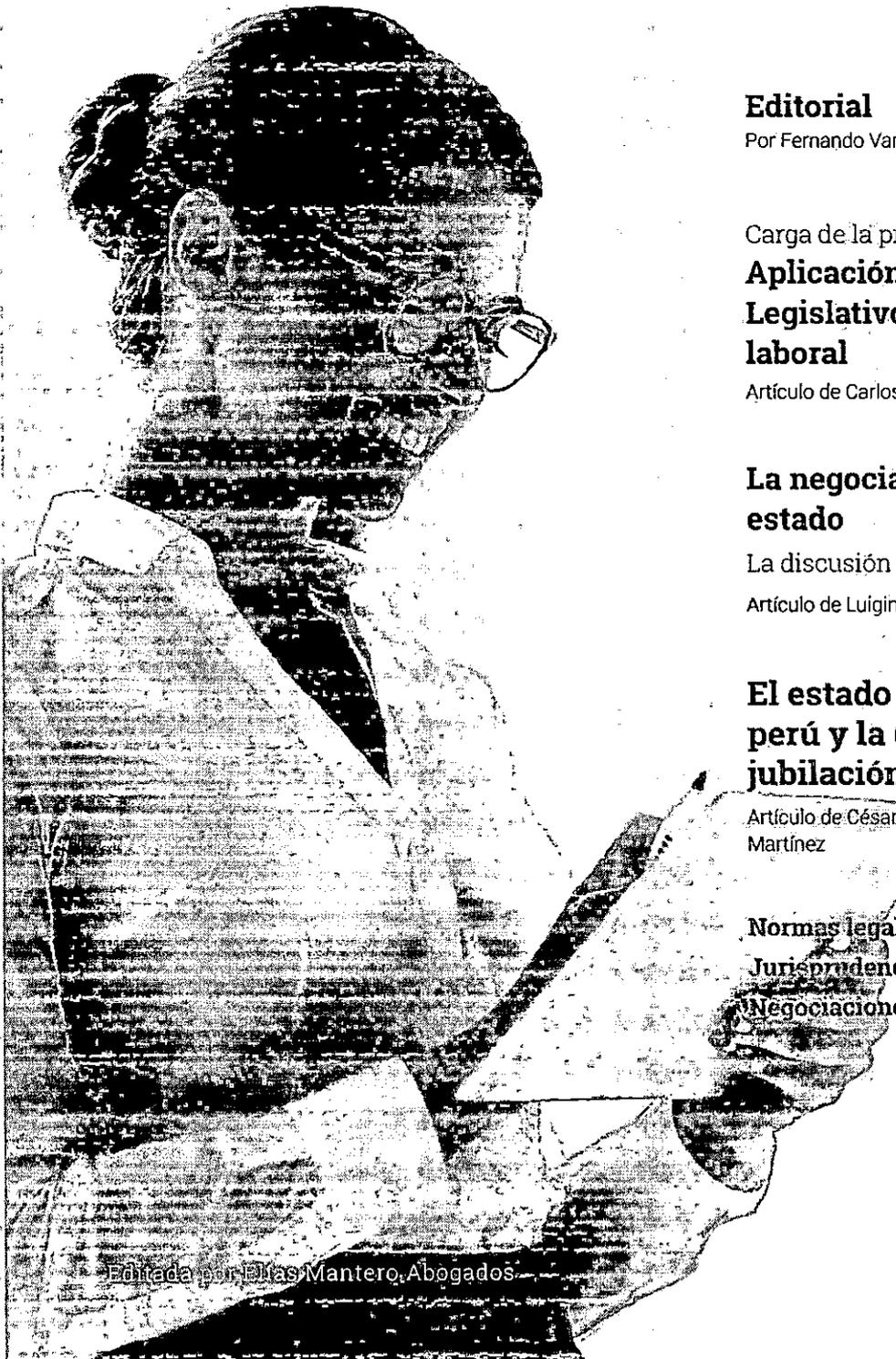
- Arias, L., Cuba, E. y Salazar, R. (1997). *La sostenibilidad de la política fiscal en el Perú: 1970-2005*. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/Sostenibilidad_politica_fiscal_Peru_1970_2005.pdf
- Ministerio de Economía y Finanzas - MEF. (2019). *Gasto de personal activo y pasivo - I Trimestre 2019*. Recuperado de <https://www.mef.gob.pe/es/781-transparencia-de-la-informacion/gasto-de-personal/5994-gasto-de-personal-activo-y-pasivo-i-trimestre-2019>
- Palomeque, M. (1986). *Derecho sindical español*. Madrid: Tecnos.
- Pasco, M. (1995). La autonomía colectiva: concepto y premisas. *Ius et Veritas*, (10), pp. 65-71.
- Pilotto, L. (2019). La negociación colectiva en el Estado. La discusión sigue abierta. *Actualidad Laboral*, (noviembre), pp. 10-19.





ACTUALIDAD LABORAL

LA REVISTA ESPECIALIZADA EN DERECHO LABORAL MÁS ANTIGUA DEL PERÚ. FUNDADA POR FERNANDO ELÍAS MANTERO EN MAYO DE 1975.



Editorial

Por Fernando Varela Bohórquez

Carga de la prueba:

Aplicación del Decreto Legislativo N°1310 en materia laboral

Artículo de Carlos Jiménez Silva

La negociación colectiva en el estado

La discusión sigue abierta

Artículo de Luíginio Pilotto Carreño

El estado de la vejez en el perú y la (mal) llamada jubilación obligatoria

Artículo de César Abanto Revilla y Javier Paitán
Martínez

Normas legales

Jurisprudencia

Negociaciones colectivas

Noviembre 2019

Editada por Elías Mantero Abogados



LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ESTADO

LA DISCUSIÓN SIGUE ABIERTA



Luigino Pilotto Carreño

Profesor de la maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad San Martín de Porres. Presidente de la Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil.

Para enmarcarnos y saber de qué estamos hablando, nos permitiremos realizar algunas precisiones. La negociación colectiva se concibe en los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, como la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un contrato o acuerdo colectivo. El contrato colectivo se define en la Recomendación núm. 91 como «...todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por éstos últimos, de acuerdo con la legislación nacional»¹

Es decir, la negociación colectiva es un instrumento que busca, en un ambiente de común acuerdo y tolerancia mutua, soluciones a los reclamos o temas pendientes que pudieran existir entre empleadores y trabajadores, vinculados a condiciones de trabajo y de empleo.

Dentro de este ámbito, se pueden negociar condiciones de trabajo económicas, tales como jornadas de trabajo, uniformes, medidas de apoyo a la labor sindical, descansos, horas extraordinarias, entre otros. Adicionalmente, también se pueden negociar las condiciones económicas, encontrándose en ellas, todos los pagos que pueda percibir el trabajador por la relación laboral.

Asimismo, puede incluir temas que son propios de la gestión, como la apertura o cierre de áreas, condiciones para el desplazamiento del personal, temas vinculados a capacitación de los trabajadores, entre otras.

Ahora bien, dentro del Estado, el ámbito de la negociación colectiva se encuentra limitado, pues el empleador no es un privado. Cualquier acuerdo con sus trabajadores, genera necesariamente un incremento del gasto público, el cual, dependiendo del número de personas involucradas, puede implicar un importante incremento presupuestario.

Paralelamente, el Estado busca otorgar un tratamiento uniforme a todos sus trabajadores. Esto significa un

solo régimen para todos, a fin que tengan los mismos derechos y un similar tratamiento económico, cualquiera fuera la entidad que los contrate.

Este debate se debe enmarcar dentro del ámbito de lo que debe ser o deberá ser, la carrera administrativa dentro del Estado. Para ello, consideramos necesario puntualizar a qué nos referimos. La interpretación de qué es la carrera administrativa, la ha realizado el Tribunal Constitucional y se encuentra dentro del fundamento 20 de la sentencia emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional en los Expedientes 0025-2013-PI-TC; 0003-2014-PI-TC; 0008-2014-PI-TC; 0017-2014-PI-TC, sobre Acción de Inconstitucionalidad, del 26 de abril de 2016, la cual señala lo siguiente:

“20. El conjunto de disposiciones de la Constitución que se refieren a la función pública configuran un régimen jurídico específico de los servidores públicos. Este régimen jurídico es el Servicio Civil, que está compuesto por un conjunto de disposiciones jurídicas que regulan, articulan y gestionan el vínculo entre la administración y el empleado público, así como la eficacia y eficiencia en la prestación del servicio público. En general, tales disposiciones se refieren a derechos, deberes, principios, directrices, procedimientos, trámites, prácticas, pautas, etc., que buscan garantizar el adecuado manejo de los recursos humanos y su relación con la administración estatal y la prestación efectiva del servicio público.”

Por su parte, Juan Carlos Morón Urbina, cuando realiza el comentario del artículo 40° de la Constitución, señala:

“Sin embargo, el artículo bajo comentario afirma cuatro aspectos de relevancia constitucional, que deben constituir el punto de base para el desarrollo normativo ulterior: i) La reserva de ley en materia de regulación de la carrera administrativa, y de derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos; ii) la distinción constitucionalmente relevante entre el régimen jurídico aplicable a los funcionarios y servidores públicos, y el régimen jurídico aplicable a la relación laboral propia de la actividad privada; iii) la necesaria unidad de la

¹ Bernard GERNIGON, Alberto ODERO y Horacio GUIDO. LA NEGOCIACION COLECTIVA Normas de la OIT y principios de los órganos de control. Pág. 9.

carrera administrativa para los servidores del Estado; y, iv) la configuración constitucional de la carrera administrativa como una institución jurídica indispensable para el funcionamiento de la Administración Pública.²

Por su parte Enrique Bernales, señala expresamente lo siguiente:

"La carrera administrativa está institucionalizada, esto es, tiene normas que regulan el ingreso a ella, los niveles, remuneraciones, derechos y obligaciones de los trabajadores y funcionarios públicos."³

Dentro de ese concepto, nacido de la noción de carrera administrativa, se reguló la negociación colectiva en la Ley N° 30057. De acuerdo con el texto original de esta norma, la negociación colectiva en materia económica no era factible, tal como lo determinaban los arts. 43° y 44°. Cabe preciar que estas disposiciones se limitaron a copiar lo señalado por el 44° del D. Leg. N° 276⁴. Esta norma se dio bajo el ámbito de la Constitución de 1979.⁵

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en sentencia expedida en los Expedientes 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC acumulados, declara que esta limitación es inconstitucional. Esta sentencia plantea que, el no permitir legalmente, negociar en materia económica, puede llevar al extremo de considerar a la negociación colectiva en la administración pública como derecho vacío o ineficaz, lo que sería contrario a la concepción de la Constitución como norma jurídica. Señala que el equilibrio presupuestal no puede ser restricción para impedir, sino para limitarla. Esto se desprende de su fundamento 169, el cual determina que:

"169. Asimismo, este Tribunal considera que la disposición legal objetada que prohíbe la negociación colectiva para mejorar la compensación económica, que permite su uso

únicamente en el caso de las compensaciones no económicas, o que sanciona con nulidad la contrapropuesta o propuesta sobre compensaciones económicas resultan inconstitucionales por contravenir el derecho a la negociación colectiva y el deber de su fomento, por lo que debe declararse fundada la presente demanda en este extremo. Así pues, son inconstitucionales tales preceptos de la Ley 30057, del Servicio Civil como sigue:

El segundo párrafo del artículo 31.2, en el extremo que dispone "(...) ni es materia de negociación (...).

El artículo 42, en el extremo que establece "(...) compensaciones no económicas, incluyendo el cambio de (...)

El artículo 44.b, que dispone "La contrapropuesta o propuestas de la entidad relativas a compensaciones económicas son nulas de pleno derecho.

Asimismo, y aún cuando no ha sido impugnado, este Tribunal considera por conexidad, debe declarar la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 40 que dispone «Ninguna negociación colectiva puede alterar la valoración de los puestos que resulten de la aplicación de la presente Ley».

Sin embargo, esta no es la única sentencia que el Tribunal Constitucional emitió sobre la aplicación de este derecho. La sentencia emitida el 03 de septiembre de 2015, mediante Pleno Jurisdiccional, recaída en los expedientes Nos. 003-2013-PI/TC, 004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC, resolvió que:

«1. Declarar INCONSTITUCIONAL la prohibición de negociación colectiva para incrementos salariales de los trabajadores de la Administración Pública contenida en las disposiciones impugnadas; en consecuencia, FUNDADAS EN PARTE, por el fondo, las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra el artículo 6 de la Ley 29951,

2 MORON URBINA, Juan Carlos. La Carrera Administrativa. La Constitución Comentada. Gaceta Jurídica

3 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Pág. 263.

4 Artículo 44.- Las Entidades Públicas están prohibidas de negociar con sus servidores, directamente o a través de sus organizaciones sindicales, condiciones de trabajo o beneficios que impliquen incrementos remunerativos o que modifiquen el Sistema Único de Remuneraciones que se establece por la presente Ley, en armonía con lo que dispone el Artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

Es nula toda estipulación en contrario.

5 Artículo 60.- Un sistema único homologa las remuneraciones, bonificaciones y pensiones de los servidores del Estado. La más alta jerarquía corresponde al Presidente de la República. A continuación, a Senadores y Diputados, Ministros de Estado y Magistrados de la Corte Suprema.

de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013; por tanto, se declara:

a) **INCONSTITUCIONALES** las expresiones “[...] beneficios de toda índole [...]” y “[...] mecanismo [...]”, en la medida en que no se puede prohibir de o absoluto el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva a Administración Pública que implique acuerdos relativos a los incrementos remunerativos; y, b) **INCONSTITUCIONAL**, por conexión, y por reflejar una situación de hecho inconstitucional, la prohibición de negociación colectiva para incrementos salariales contenida en los artículos 6 de la Ley 30114, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, y 6 de la Ley 30182, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015.»

Primero, para analizar estas sentencias, consideramos que se debe tener presente el concepto de equilibrio presupuestal. La Constitución, en su artículo 78º, determina la obligación que el presupuesto del Estado se encuentre adecuadamente equilibrado. Por otro lado, el inciso 1 del Artículo 2 del Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público, Decreto Legislativo N° 1440, en la parte relativa a los Principios, determina que equilibrio presupuestal es:

“1. Equilibrio presupuestario: Consiste en que el Presupuesto del Sector Público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente.”

Es decir, el Estado no debe excederse en los gastos, sólo puede gastar hasta donde los ingresos alcancen, lo cual se determina de manera previa a la elaboración del presupuesto, privilegiando el cumplimiento de las políticas públicas de gasto. Para comprender bien el concepto de equilibrio presupuestal, debemos tener también presente lo señalado por el artículo 2º del Decreto Legislativo que aprueba el Marco de la Responsabilidad y Transparencia Fiscal del Sector Público No Financiero, Decreto Legislativo N° 1276, determina que:

“Artículo 2. Principio General

2.1 El Estado busca asegurar permanentemente la sostenibilidad fiscal, la predictibilidad del gasto público y el manejo transparente de las finanzas públicas, que permita la evaluación constante y la adopción oportuna de medidas correctivas. Para ello, debe acumular superávits fiscales en los periodos favorables y permitir únicamente déficits fiscales moderados y transitorios en periodos de menor crecimiento.

2.2 El manejo transparente de las finanzas públicas se lleva a cabo mediante los mecanismos previstos en la normatividad vigente y siguiendo las mejores prácticas internacionales. Asimismo, la responsabilidad fiscal implica el compromiso a seguir un manejo fiscal prudente y disciplinado que incluya el estricto cumplimiento del marco macro fiscal contenido en la presente norma, con el objetivo de preservar la estabilidad macroeconómica.”

Todo este esquema normativo económico, lleva a tener presente que el equilibrio presupuestal debe ser considerado al momento de negociar colectivamente en el Estado, pues se debe respetar la priorización de recursos, primando el cumplimiento de las Políticas de Estado al momento de la asignación de recursos, no debiéndose otorgar beneficios en probables ingresos que pudiese tener a futuro el Estado, al ser éstos de naturaleza volátil.

Cabe tener presente que las remuneraciones, dentro del esquema presupuestal, son consideradas como parte de los gastos operativos de las entidades. Tienen naturaleza permanente y son la base para el cálculo de beneficios adicionales como la CTS u otro tipo de compensaciones, según el régimen que se trate. Además, un criterio básico a tener presente es que éstas, mayormente, son pagadas con la plata que otorga el erario público, a través de lo que se conoce como recursos ordinarios, es decir, plata que es recaudada y entregada por el Estado a través del presupuesto.

Si bien los recursos directamente recaudados son también plata del Estado y que tienen la misma fuente, que es el presupuesto público, éstas son recaudadas directamente por las propias entidades, de acuerdo con las tasas que cobran por los servicios que brindan.

Este criterio es clave dentro del proceso de negociación

colectiva, toda vez que un irrisorio aumento, a un grupo de trabajadores del Estado, cuyo número sea significativo, puede implicar un alto incremento del gasto anual del Estado.

Por poner un ejemplo. De acuerdo con el Proceso Censal 2017 del Ministerio de Educación, en el Perú en ese momento tenía 558,657 profesores a nivel nacional, para todos los niveles. En un supuesto hipotético, si hacemos un aumento de sólo S/. 100.00 mensuales a cada profesor, sin que este concepto tenga repercusión en otros pagos que se deban realizar por parte del Estado, ¿Qué significaría sólo es suma?

$$558,657 \times S/ 100 = S/ 55'865,700 \text{ al mes.}$$

$$S/ 55'865,700 \times 12 \text{ meses} = S/ 670'388,400.00 \text{ al año}$$

Al momento de pensar en la distribución de los ingresos del Estado Peruano, lo primero que debemos tener en cuenta es que sus recursos son limitados. Asimismo, se debe considerar que éstos deben repartirse entre los distintos gastos que se deben hacer, buscando priorizar aquellos que resultan trascendentes para satisfacer las necesidades de la población, dentro de un marco de cierre de las brechas existentes.

Una evaluación que el Estado debe hacer es ver qué gasto se debe realizar primero, por poner un ejemplo, de acuerdo con Proinversión, el proyecto de Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva del Puesto de Salud de Anta, Huaribamba, Distrito de Huaribamba-Tayacaja – Huancavelica, tiene los siguientes costos de construcción:

Componentes	Trimestres (Nuevos Soles)				Total, por componente
	3er Trimestre 2011	4to Trimestre 2011	1er Trimestre 2012	2do Trimestre 2012	
Expediente técnico	48,000	0	0	0	48,000
Construcción posta salud	0	181,360	272,041	0	453,401
Construcción residencia medica	0	0	39,395	59,092	98,487
Obras generales, patio y accesos	0	90,403	135,605	0	226,008
Cerco perimétrico	0	127,732	85,154	0	212,886
Equipamiento y mobiliario	0	0	0	86,813	86,813
Capacitación	0	0	0	4,800	4,800
Gastos generales	0	43,104	43,104	21,552	107,760
Supervisión	0	37,931	37,931	18,966	94,828
Liquidación	0	0	0	10,776	10,776
Total por periodo	48,000	480,530	613,230	201,999	1,343,759

Fuente: http://www.proinversion.gob.pe/snip/consulta_snip.asp?codigo=176969

Es decir, si se tienen S/ 670'388,400.00 y cada Puesto de Salud cuesta alrededor de S/ 1,343,759.00, se debe evaluar si se otorga ese aumento o se cierra la brecha de infraestructura en salud que, con esta cantidad de dinero, permite construir alrededor de 499 postas médicas básicas, a nivel nacional, en un año.

Ciertamente, otro de los aspectos deficitarios del país, es el relacionado al cierre de la brecha de infraestructura educativa. De acuerdo con el presupuesto elaborado por Graña y Montero, la construcción del Colegio Fe y Alegría N° 65, en Pamplona Alta, que consta de seis pabellones de tres niveles cada uno, distribuidos en dos plataformas a diferentes niveles, que se conectan por dos puentes metálicos y que cuenta con aulas de estudio, salas de computo,

biblioteca, talleres de corte y confección, Secretariado, electricidad, costura y carpintería; para alumnos desde inicial hasta secundaria, con capacitaciones técnicas, con capacidad para 1500 niños de la zona, costó:

GyM S.A. División Edificaciones		
PRESUPUESTO COLEGIO FE Y ALEGRÍA # 65		
Obra: COLEGIO FE Y ALEGRÍA #65		
Departamento: PABLOFOSA ALTA, LA RIQUICHADA - EL ISMADOR 2		
ITEM	DESCRIPCIÓN	
1.00	OBRAS PROVISIONALES	81,511.90
2.00	COLEGIO	877,241.91
3.00	OBRAS EXTERIORES	43,873.34
4.00	INSTALACIONES Y EQUIPAMIENTO	197,954.37
COSTO DIRECTOS (ANEXO)		1,000,581.52
GASTOS GENERALES		60,522.01
SUB TOTAL USA (Nº 100)		1,061,103.53
MONEDARIOS		90,000.00
SUB TOTAL USA (Nº 100)		1,151,103.53
IG V. 10%		219,223.82
TOTAL DEL PRESUPUESTO		\$1,370,327.35

UN MILLÓN TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS DOCE Y CINCO DÓLARES AMERICANOS

Fuente: http://repositorio.urp.edu.pe/bitstream/handle/urp/119/shiroma_a.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Si tenemos que el valor del Dólar Americano al 09 de diciembre de 2019, ha sido de S/ 3,38 y el costo de ese colegio fue realmente de US \$ 1'374,912.35, la suma en Soles sería la suma de S/ 4'647,203.74.

Con S/ 670'388,400.00, entonces, se podrían construir en un año, aproximadamente 144 colegios similares al antes señalado. Lo que, obviamente, permite cerrar parcialmente esa brecha.

Con esto no queremos indicar que no se debe realizar negociaciones colectivas, pero si se quiere poner énfasis en cómo se debe aplicar el gasto público y cuáles son las posibles consecuencias de la toma de decisiones en materia económica.

Dentro de ese ámbito, otro concepto importante a tener presente, cuando hablamos de negociación colectiva en el Estado, es el de carrera administrativa, tal como indicamos previamente. Este se encuentra contenido en el mandato constitucional del artículo 40° de la Carta Magna, el cual dispone la necesidad de contar con una carrera administrativa dentro del Estado.

Morón Urbina, al respecto, señala *"...la necesaria uniformidad o unidad del régimen de la carrera administrativa, y no la pluralidad legislativa de otorgar privilegios a algún cuerpo funcional en relación con*

los demás."⁶

El mismo Tribunal Constitucional, (Exps. Nos. 008-2005-PI/TC y 05057-2013-AA/TC) determina que la carrera administrativa es un bien jurídico constitucional. Señala además que por ley *"...se regularán el ingreso, los derechos, deberes y las responsabilidades de los servidores. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador."*⁷

Esto implica que estamos ante una figura constitucionalmente protegida y que busca otorgar un tratamiento uniforme a todos los servidores del Estado. Cuando se habla de una carrera administrativa, no sólo se hace referencia a conceptos como ingreso, progresión o sanción, también se hace referencia a un mismo tratamiento remunerativo para todo el personal que labora en la Administración del Estado. En ese sentido, se busca que el único empleador sea el Estado y no cada entidad en particular.

Como se puede inferir, estas limitaciones hacen que una negociación colectiva en el Estado, en materia remunerativa, sea difícil y con repercusiones en la economía del país. Tal es así que, la sentencia del TC antes mencionada, dispuso una vacatio sententiæ, la cual venció el 28 de julio del 2017.

El Congreso de la República, hasta la fecha, ha elaborado 06 proyectos de ley a saber, los Nos. 656, 965, 1142, 1271, 1537 y 2075-2016-CR, para regular la Negociación Colectiva Económica en la Administración Pública, generando un proyecto consolidado, con dictamen favorable de la Comisión de Trabajo del Congreso, de fecha 06 de diciembre de 2017 y que no ha sido materia de discusión aún en el pleno.

En dicho proyecto consolidado, en ninguna parte se menciona que, al momento de determinar la asignación de los beneficios otorgados dentro del proceso de negociación colectiva, las partes deban priorizar el cumplimiento de las Políticas de Estado, previo a cualquier posible incremento del gasto corriente.

Este proyecto ha sido a su vez modificado, aprobándose por el pleno uno sustitutorio, el cual, a la fecha se

6 MORON URBINA, Juan Carlos. Op. Cit.

7 Literal b) del FJ 8 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-AA/TC)

encuentra a nivel de autógrafa.

El artículo 4° de este proyecto permite negociar las condiciones de trabajo y de empleo, determinando expresamente que se comprende a las remuneraciones y condiciones de trabajo con incidencia económica, así como temas vinculados con las relaciones entre trabajador y empleador.

Este proyecto de norma, señala también algunos conceptos que resultan de particular riesgo para la estabilidad presupuestal del Estado. El artículo 10° presume que la representación de la parte empleadora, otorga bajo responsabilidad, la viabilidad presupuestal de la ejecución de los acuerdos adoptados. Por otro lado, el literal d) del artículo 3° determina que todo acuerdo debe contar con disponibilidad presupuestal.

Bajo ese ámbito, ¿Cómo se puede ir a negociar sobre una prestación, cuando a la fecha de la realización de este proceso, no se cuenta con la partida presupuestal necesaria para hacerlo?

Asimismo, el literal d) del numeral 13.1 del artículo 13° del citado proyecto, determina que se deben remitir los acuerdos al Ministerio de Economía y Finanzas para que adopte las medidas que permitan la inclusión de los acuerdos en la Ley de Presupuesto Público. El numeral 17.2, señala que las modificaciones con contenido presupuestario, rigen desde el 01 de enero del año siguiente.

Finalmente, hay una especie de arbitraje potestativo para cualquiera de las partes, dado que, si no se nombra al árbitro, la Autoridad Administrativa de Trabajo lo hará. Sin embargo, el laudo puede proponer una solución distinta a la presentada por las partes pero que recoja los aportes de las mismas. En cualquier supuesto, consideramos que esta modalidad de arbitraje, que permita ser más flexible en la forma de emitirse el laudo, es más apropiada, no solamente en el ámbito público sino también en caso de arbitrajes laborales en el sector privado.

Mediante Oficio N° 345 -2018 -PR, el Presidente de la República, observó la autógrafa, señalando razones presupuestales, trasgresiones a las mismas sentencias del Tribunal Constitucional que le dieron origen, así

como imprecisiones respecto a cómo se debe aplicar las disposiciones contenidas dentro del proyecto y la falta de determinación de cuál va a ser la fuente de financiamiento de los beneficios otorgados.

Consideramos que nuestros legisladores en diversas, ocasiones, olvidan que no se debe legislar para obtener mejores resultados políticos, sino teniendo presente conceptos técnicos que permitan hacer de una norma, un dispositivo de verdadera aplicación para la solución de problemas. Laura Carolina Bajac Rodríguez, jurista uruguaya, nos da unas luces de qué se debe tener presente para legislar en materia de negociación colectiva económica en el Estado. Señala algunas variables como:

“c) Así las remuneraciones de los funcionarios suponen un coste económico que debe reflejarse en los Presupuestos públicos, cuya aprobación compete a órganos como el Parlamento o las Juntas Departamentales. Estos órganos no necesariamente son los empleadores directos de los funcionarios públicos y sus decisiones tienen que tener en cuenta la situación económica del país y el interés general;

(...)

La vigencia: Período de vigencia de los convenios colectivos, ¿debe o no coincidir con la vigencia de la ley de presupuesto del Estado? ¿Puede un Gobierno asumir compromisos que excedan su período presupuestal?⁸

Materias de la negociación: Determinar las materias de la negociación es muy complejo, ¿cuál es el límite, qué puede negociar el Estado y qué no?

En definitiva, muchas son las preguntas que surgen a partir de las peculiaridades señaladas: ¿quiénes son los que negocian por el Estado?, ¿un organismo o un ente diferente? ¿Quiénes representan a los funcionarios públicos? ¿Qué materias se negocian? ¿Un Gobierno se puede comprometer excediendo su presupuesto? ¿Cuáles son los niveles de la negociación? En caso de incumplimiento por parte del Estado ¿existen

8 Entiéndase períodos de gobierno

mecanismos que lo puedan obligar a cumplir?»

En Colombia, por su parte, se emitió el Decreto 160 de 2014 que, en su numeral 2 del artículo 3° determina que se puede negociar en materia económica pero teniendo como regla, el respeto al presupuesto público y a la provisión presupuestal en la ley, debiendo tenerse en cuenta, de acuerdo con el artículo 5, párrafo 2, las posibilidades fiscales y presupuestales, respetando los límites que el Gobierno Nacional fije y respetando la competencia del Presidente de la República para negociar y concertar en esta materia.

La negociación colectiva económica en el estado y el Decreto Legislativo N° 1442

Este dispositivo, si bien no hace referencia directa a la negociación colectiva, si establece algunas premisas que se deben tener presentes, al momento de hacer referencia a aumentos de las condiciones económicas de los trabajadores del Estado.

Incluye dentro de su texto, disposiciones referidas a la Gestión Fiscal de los Recursos Humanos, definiéndola, en el numeral 5.3 del artículo 5°, como la evaluación y validación de los ingresos correspondientes a los recursos humanos del Sector Público y la administración del registro de dichos ingresos, con transparencia, legalidad, eficiencia y eficacia.

Si bien, esa definición es genérica, tiene repercusión en todo lo que implica el aumento de los conceptos remunerativos en el Estado.

Por otro lado, el numeral 6.2 del artículo 6° señala que son funciones de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos, en forma exclusiva y excluyente, el realizar el análisis financiero y técnico sobre las políticas en materia de ingresos de personal, así como emitir opinión en materia de ingresos correspondientes a los recursos humanos del Sector Público.

En su artículo 8° se determina lo siguiente:

«8.2 En virtud del principio de disciplina administrativa, establecido en el inciso 1 del artículo 2, se definen reglas sobre el uso de fondos públicos que impliquen materia de ingresos

correspondientes a los recursos humanos del Sector Público:

1. Las normas se emiten en el marco de la responsabilidad y disciplina fiscales según las cuales el uso de Fondos Públicos en materia de ingresos de personal, está supeditado a la disponibilidad presupuestaria, cumplimiento de las reglas fiscales, la sostenibilidad de las finanzas del Estado, así como estar previamente autorizado por norma expresa con rango de ley del Gobierno Central, a fin de resguardar el equilibrio presupuestal.

2. Para ello, la norma con rango de ley del Gobierno Central debe contar necesariamente con opinión favorable de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos y de la Dirección General de Presupuesto Público.

(...)

4. Los ingresos de personal, escalas de ingresos y los reajustes que fueran necesarios durante el Año Fiscal para los Pliegos Presupuestarios, se aprueban mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, a propuesta del Titular del Sector, previa opinión técnica favorable de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos y de la Dirección General de Presupuesto Público, autorizado por norma expresa con rango de ley del Gobierno Central.

5. Si la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) propone una norma con efectos fiscales, debe coordinarlo previamente con el Ministerio de Economía y Finanzas.

6. En el caso de convenios colectivos o laudos arbitrales corresponde verificar el cumplimiento de la normatividad específica.

7. Las entidades del Sector Público no pueden aprobar disposiciones en materia de ingresos.»

Esta norma declara como principio de la Administración Financiera del Sector Público, el de Exclusividad, entendiendo a este como la competencia exclusiva y

excluyente de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas de emitir opinión vinculante en materia de ingresos correspondientes a los recursos humanos del Sector Público, así como para desarrollar normas sobre dicha materia. En virtud de éste, se definen reglas sobre materia de ingresos, correspondientes a los recursos humanos del Sector Público.

El numeral 9.1 del artículo 9°, determina de manera expresa que los actos administrativos sobre los ingresos de personal emitidos en contra de este Decreto, cuando tengan impacto fiscal significativo, serán nulos de pleno derecho, inejecutables e inexigibles, bajo responsabilidad del titular de la entidad del Sector Público que los emiten o intervenga.

Como se puede apreciar, la norma establece diversos candados respecto del aumento de remuneraciones, determinando inclusive que, si éstos se vulneran, los actos serán nulos de pleno derecho, implicando sanciones y acciones judiciales contra quien los apruebe.

También, en el artículo 14°, se señala que se aprobará por la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos el Catálogo Único de Conceptos de Ingresos correspondientes a los recursos humanos del Sector Público. Este órgano del MEF, es el que lo actualiza mediante resolución directoral y lo administra.

Es decir, solamente se pueden pagar conceptos contenidos dentro del mencionado catálogo, caso contrario, se incurre en responsabilidad, de acuerdo con el ya mencionado artículo 9°.

Si bien es cierto lo que dice el MEF, respecto que este Decreto Legislativo no regula la negociación colectiva en el Estado, también lo es que se determinan parámetros que, de una u otra forma, limitan que se puedan realizar convenios colectivos con contenido económico, si es que no se cuenta con la anuencia del referido Ministerio.

Según lo revisado, es la misma línea que tiene el dictamen y texto sustitutorio del proyecto de ley sobre esta materia, aprobados por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República.

A modo de conclusión

La solución sobre cómo regular la negociación

colectiva económica en el Estado, no es sencilla. Se requiere de pensar soluciones fuera del ámbito regular o común de la negociación en el Perú. Pensar en realizar modificaciones económicas a nivel entidad, es ilusorio, bajo un esquema de carrera administrativa y escala única.

En tal sentido, pensar en una negociación colectiva a nivel de confederaciones, que permita, cada cierto período de tiempo ya definido legalmente, poder discutir sobre incrementos económicos, siempre respetando la coyuntura presupuestal del Estado de ese momento, tal vez sea una vía de solución más adecuada.

Asimismo, se debe pensar cuál es el mecanismo de solución de conflictos, en caso de no llegarse a un acuerdo, de tal forma que no se llegue a una huelga general, en caso de incumplimientos económicos, la que podría generar una paralización total del Estado. Tal vez, la mejor ruta sea un arbitraje potestativo pero sujeto al mismo respeto que se debe tener en la negociación, a los límites presupuestales y de tiempo.

Finalmente, no menos importante es el fijar mecanismos de transparencia en las sesiones de negociación, que permitan a la Sociedad Civil, hacer un control sobre cómo se piensa gastar el dinero de todos los peruanos.

Con este artículo, no buscamos dar una fórmula de solución a un problema que es, per sé, complejo. Inclusive, consideramos que esta no debe ser buscada solamente por abogados, sino que se debe tener presente lo que piensen profesionales vinculados con el quehacer económico del Estado, a fin que nos otorguen una visión técnica más completa de este complejo problema.

Análisis

Laboral

Director Luis Aparicio Valdez

Vol. XXIV N 274 Abril 2000

del desempleo

DE DIFERENTES
SUBPOBLACIONES

Variable

SEXO

Hombre

Mujer

NIVEL
EDUCATIVO

Primario

Secundaria

Superior

EDAD

14 - 24

25 - 44

45 - 54

55 - +

TOTAL

Variable	REGISTRADO EN EL REGISTRO NACIONAL DE EMPRESAS			REGISTRADO EN LA ENCUESTA NACIONAL DE EMPLEO Y DESPLIEGUE	TOTAL DEL DESEMPLEO
	Igual rama/ocup.	Diferente rama/ocup.	Sub Total		
SEXO					
Hombre	9.0	22.5	31.5	24.9	56.4
Mujer	2.0	14.7	16.7	26.9	43.6
NIVEL EDUCATIVO					
Primario	3.5	6.1	9.6	7.2	16.8
Secundaria	5.8	17.9	23.7	26.0	50.3
Superior	1.4	13.3	14.7	18.2	32.9
EDAD					
14 - 24	5.2	17.3	22.5	20.8	43.3
25 - 44	2.9	15.6	18.5	12.7	31.2
45 - 54	1.2	3.5	4.7	4.9	9.5
55 - +	1.7	0.9	2.6	4.3	6.9
TOTAL	11.0	37.3	48.3	51.7	100.0

FUENTE: INEI, Panel de las Encuestas ENAHO 1996 II, III y IV. El redondeo es inexacto por diferente cantidad de datos faltantes. Tomado de: Juan Chocafiano. Un Análisis Dinámico del Desempleo en el Perú. MECOVI/INEI, Diciembre 1999.

Elaboración: ANÁLISIS LABORAL

El Proceso de Nulidad de Incorporación al Régimen del Decreto Ley N° 20530

Luigino Piloto (*)

1. ANTECEDENTES

El antecedente republicano más remoto del Decreto Ley N° 20530, lo encontramos en la Ley del 22 de enero de 1850, "Ley de Jubilación y Cesantía a los Empleados Públicos en los Casos de Enfermedad Crónica, Edad Avanzada, Supresión del Empleo que sirven o lo subrogan", norma con la que el Gobierno del Mariscal Ramón Castilla, reemplazó la Real Cédula del 08 de febrero de 1803.

Igualmente importante para analizar el presente tema es la Ley N° 11377, Ley del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, norma que regulaba el aspecto laboral de los trabajadores del Estado denominados Servidores o Funcionarios Públicos. Después se promulgó el Decreto Legislativo N° 276.

Dentro de este contexto, es que se promulga el 26 de febrero de 1974, el Régimen de Pensiones y Compensaciones por Servicios Civiles prestados al Estado no comprendidos dentro del Decreto Ley N° 19990, aprobado por el Decreto Ley N° 20530.

Es un régimen cerrado, que nace para todos aquellos servidores o funcionarios públicos, no comprendidos dentro de la Ley del Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, tal como lo dispone su artículo 2°, de acuerdo con los parámetros establecidos por la misma norma.

Nunca se pensó en otorgar a este Régimen una vida tan amplia y complicada, como con el tiempo se le ha dado. Diversos Gobiernos, por criterios de conveniencia, sea personal que política, han abierto las puertas de un régimen cerrado.

De esta forma, se dictaron normas que permitiesen el acceso a este Régimen a trabajadores pertenecientes al

Sector Público pero que no se encontraban dentro de los alcances de la norma. Es así, por ejemplo, que se dicta la Ley N° 24566, la misma que incorporó dentro del Decreto Ley N° 20530 a las personas que reuniesen los siguientes requisitos:

- Ser Funcionarios o Servidores Públicos a la fecha de la dación del Decreto Ley N° 20530.
- A esa fecha, tener 7 o más años de servicio.
- Haber laborado ininterrumpidamente para el Estado hasta el 23 de noviembre de 1985, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 24566.

Luego vino la Ley N° 25066, "Ley que Autoriza un Crédito Suplementario en el Presupuesto del Gobierno Central para el Ejercicio Fiscal 1999", la misma que en su artículo 27°, estableció un nuevo régimen de excepción, mediante el cual se podía acceder al preciado régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530. Las condiciones que impuso esta norma fueron:

- Ser Funcionarios o Servidores Públicos a la fecha de la dación del Decreto Ley N° 20530, en condición de nombrados o contratados.
- Encontrarse prestando servicios al Estado a la Fecha de la dación de esta norma, vale decir al 24 de junio de 1989.
- Estar comprendido dentro del régimen laboral de la Ley N° 11377 y Decreto Legislativo N° 276. Luego vino la Ley N° 25273, la cual incorporó dentro del Decreto Ley N° 20530, a los servidores que tuvieran estas características:
- Haber ingresado a laborar al Estado antes del 11 de julio de 1962, comprendidos en la Ley General de Goces de 1850.

- Haber pasado por mandato legal, a laborar en una Empresa Estatal, sin solución de continuidad. La transferencia pudo generarse como consecuencia de la transformación de una institución en una empresa o por mandato expreso de la norma.
- Al momento de verificarse el cambio indicado en el párrafo precedente, se haya encontrado aportando al Decreto Ley N° 20530.

Después fueron apareciendo normas de carácter específico, tales como la Ley N° 25146, que permitió el retorno al régimen del Decreto Ley N° 20530 de los trabajadores que, a la dación del Decreto Legislativo N° 339, optaron por el Régimen Laboral de la Actividad Privada y el Decreto Ley N° 19990.

Asimismo, se dio la Ley N° 25219, se abrieron las puertas para los trabajadores de PETROPERU, norma promulgada el 12 de septiembre de 1989.

Normas como éstas abrieron ventanas para que ingresaran a este Sistema de Pensiones a personas que nunca estuvieron comprendidas. Lógicamente, la situación generada como consecuencia de estas normas, fue la de llevar a la quiebra el mencionado Sistema Previsional, el mismo que no estaba previsto para tantos beneficiarios.

A esto, se deben sumar los beneficios colaterales obtenidos por los posibles beneficiarios de este régimen de pensión, tales como los otorgados por Ley N° 24156, vale decir, el reconocimiento de años de formación profesional a efectos de incrementar los años reconocidos para efectos de la pensión.

Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 430° de la Ley de

(*) Abogado.

Presupuesto del año 1990, aprobada por Decreto Legislativo N° 556, del 31 de diciembre de 1989, se permitió acumular los años de aportaciones reconocidos dentro del Decreto Ley N° 19990, a los trabajadores que se encontraran sujetos al régimen laboral de la actividad pública y estuvieran aportando al Decreto Ley N° 20530, al momento de la dación del referido Decreto Legislativo.

2. NORMAS A TENER PRESENTE

Dentro del análisis que realizamos, debemos tener presente, a más de las Leyes arriba indicadas, las siguientes normas, las mismas que pasaremos a especificar de manera más detallada, a fin de dar un arma que ayude a la mejor comprensión de las conclusiones a las que llegamos.

Consideramos pertinente hacer presente una serie de supuestos, a fin de hacer evidente las principales situaciones que pueden generar la posibilidad del inicio de una acción de nulidad de incorporación al régimen del Decreto Ley N° 20530.

Dentro de ellas tenemos:

- El artículo 14° del Decreto Ley N° 20530, el cual establece la imposibilidad de acumular tiempos de servicios prestados a distintos regímenes laborales, a efectos de obtener el derecho a la pensión. Tampoco resultan acumulables las aportaciones realizadas a distintos sistemas de pensiones.
- Las normas relativas a los trabajadores obreros del Estado. Cabe recordar que el artículo 6° de la Ley N° 11377 determina claramente quienes son considerados como Empleados Públicos, incluyendo dentro de esa relación, como excepción, al personal de servicio interno, que es el personal que prestó servicios como portero, portaplegos, chofer, ascensorista u otro servicio manual que realice labores de naturaleza análoga a los antes descritos.
- Haber ingresado a laborar en el Estado después de la dación del Decreto Ley N° 20530.
- Haber acumulado los 04 años de formación profesional para obtener el derecho a la pensión.

Estos son supuestos principales sobre los que gira la posibilidad del inicio de

acciones de desincorporación al régimen previsional bajo análisis, los mismos que a continuación analizaremos de manera más detallada.

3. PRINCIPALES SUPUESTOS PARA EL INICIO DE LAS ACCIONES DE NULIDAD DE INCORPORACIÓN AL RÉGIMEN DEL DECRETO LEY N° 20530

3.1. Acumulación indebida de períodos laborados en diferentes Regímenes Laborales o aportes realizados a Sistemas Previsionales distintos.- Estos dos supuestos los analizamos en el mismo rubro, por tener un mismo sustento. Esta es una de las principales prohibiciones, la misma que, sin embargo, ha sido la más vulnerada por las normas que se detallaron en la primera sección del presente artículo.

Esta prohibición estaba contenida en el mismo Decreto Ley N° 20530, en su artículo 14°, tal como se detallara líneas arriba. Recogiendo este principio, se dio el Decreto Legislativo N° 763, el mismo que declara nula de pleno derecho las incorporaciones realizadas con violación del citado artículo 14°.

Consideramos que lo que se hizo con esta segunda norma, fue simplemente reiterar algo que se encontraba intrínsecamente reconocido dentro de la norma madre, pues ésta prohibía expresamente cualquier acumulación que se hiciera juntando regímenes distintos, sean laborales que previsionales.

Cabe precisar que el mencionado Decreto Legislativo fue derogado mediante Ley N° 25400, del 07 de febrero de 1992, el cual a su vez fue derogado por la Ley N° 25456, restituyendo la vigencia del D. Leg. N° 763.

La acumulación de los años es indistinta en cuanto al orden de su prestación. Queremos decir que no interesa si los servicios prestados al Estado para el Régimen Laboral de la Actividad Privada fueron anteriores o posteriores a los correspondientes brindados en el sector público.

Por lo expuesto, debemos tener presente que, cualquier trabajador que haya acumulado períodos laborados y/o aportados a sistemas distintos, no podrá ser incorporado válidamente dentro del Decreto Ley N° 20530. La nulidad

es de tal magnitud, al haber vulnerado un mandato legal expreso, que la misma Ley N° 26835, que regula el Proceso Judicial específico, determina en su artículo 04° que estos casos no están comprendidos dentro del plazo de prescripción de 10 años para acudir ante el Juzgado correspondiente, para la declaratoria de Nulidad.

3.2. Trabajadores Obreros del Estado.- En el presente caso, debemos recordar que los trabajadores del Estado han estado sujetos al Régimen Laboral de la Actividad Privada, tanto es así que la Ley N° 11377, no los comprende dentro del concepto de empleados públicos. La única excepción a este supuesto es la correspondiente a los trabajadores obreros de servicio interno.

Inclusive, algún obrero, como el caso de los Municipales que, a partir del 09 de junio de 1984, fecha de la dación de la Ley N° 23853, "Ley Orgánica de Municipalidades", ha pasado a ser servidor público, no tiene derecho a estar incorporado en el mencionado Régimen de Pensiones, al no haber tenido dicha condición al momento de la dación del Decreto Ley N° 20530.

Tampoco es factible obtener la pensión en el caso de haber sido promovido a empleado, a no ser que dicha promoción se haya otorgado antes de la entrada en vigencia del Sistema Previsional bajo análisis.

3.3 Haber ingresado después de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 20530.-

En el presente caso nos encontramos también frente a un supuesto lógico. Recordemos que el presente Régimen se caracteriza por ser cerrado, vale decir que no pueden ingresar a él sino los que están comprendidos dentro de la misma Ley, o de sus normas de excepción.

Cualquier otro trabajador que hubiera ingresado con posterioridad a la dación del citado Decreto Ley, se encuentra comprendido dentro de los alcances del Decreto Ley N° 19990.

3.4 Haber acumulado períodos de formación profesional a fin de obtener el derecho a la pensión.-

La Ley N° 24156, que establece el derecho de los trabajadores a acumular el período de estudios al récord cumplido para efectos de la pensión, determina que se debe

tener un mínimo de 15 años para varones y 12 y medio para damas, a fin de gozar de este derecho.

Esta norma fue derogada por la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817.

A pesar de la claridad de la redacción de la norma, cosa extraña dentro de la legislación previsional, el Tribunal de Servicio Civil interpretó que el período de formación profesional podía ser acumulado al período de aportaciones realizado, con la finalidad de obtener el derecho a la pensión. Este concepto es por demás equivocado.

Como corolario de este supuesto, debemos manifestar que toda incorporación que se haya realizado con violación a lo señalado líneas arriba, ha incurrido en causal de nulidad, por lo que no resulta válida.

4. NORMAS PROCESALES APLICABLES

En las causas de nulidad de incorporación se deben tener presente los siguientes presupuestos procesales;

4.1 El plazo de prescripción de la Acción Judicial de Nulidad de Incorporación al Régimen del Decreto Ley N° 20530, es de diez años, contados a partir de la fecha en que el acto administrativo que incorporó a la persona dentro del citado régimen pensionario, quedó consentida. Esto quiere decir, no desde el día siguiente de la notificación realizada con la Resolución de reconocimiento, sino después de transcurrido el plazo para interponer algún recurso impugnatorio en su contra. Es recién a partir de dicha fecha que se computan los 10 años a que hace referencia el art. 4º de la Ley N° 26835.

En el caso de las pensiones otorgadas contraviniendo las normas del Dec. Leg. N° 763, el plazo de prescripción señalado en el párrafo precedente no resulta de aplicación, por lo que, de acuerdo con el criterio jurisprudencial ya planteado, coincidente con la posición de defensa asumida por la Oficina de Normalización Previsional - ONP, estas acciones, carecerían de término de prescripción, por ser nulidades que han operado de pleno derecho, como lo ha prescrito la Ley.

4.2 El Juzgado ante quien se interpone la acción es el Previsional, si ésta estuviera dentro de la Jurisdicción de la Corte

Superior de Lima. En caso contrario, resulta competente para conocer de la causa, el Juez Laboral de la Jurisdicción correspondiente, de acuerdo con lo prescrito por la Segunda Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 26960.

4.3 La representación procesal del Estado en estas causas, recae en la Oficina de Normalización Previsional - ONP, la citación a las Entidades Pagadoras carece de sustento, pues la representación es clara y determinante. En todo caso, de citarse a alguna Entidad del Estado, ésta no podría apersonarse en calidad de parte. Esta posición ya ha sido asumida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en lo Contencioso Administrativo, segunda instancia para este tipo de procesos.

4.4 El tipo de proceso en el que se ventila la presente acción es el sumarísimo, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Código Procesal Civil (Art. 7º de la Ley N° 26835), pudiendo acumularse en calidad de pretensión accesorio, la devolución de los montos indebidamente cobrados. Aquí existen dos puntos que consideramos pertinente aclarar:

4.4.1 Tal como claramente lo expresa la Ley, las normas a aplicar son las del Código Procesal Civil (CPC), no las del Proceso Laboral. Esta aclaración se realiza, pues muchos jueces laborales de provincias, consideran que se aplican dichas normas. Eso no es factible, pues vician de nulidad del proceso. Lo mismo sucede en las causas sobre Impugnación de Resoluciones Judiciales, donde igualmente son de aplicación las normas del CPC (artículos 540º y siguientes).

4.4.2 En cuanto a la pretensión accesorio, aunque la posición del Juzgado Previsional es contraria a su concesión, consideramos que ésta debería ser otorgada, pues debemos recordar que dichos fondos provienen de un Sistema Previsional quebrado y, por otro lado, debemos recordar las normas sobre pago indebido de buena fe recogidas en los artículos 1271º y 1272º del Código Civil.

5. RECOMENDACIONES

En el presente caso, consideramos pertinente realizar las siguientes recomendaciones, las mismas que buscan mejorar el tratamiento que se le da a esta

figura, sea de parte de las Instituciones del Estado, sea de parte de los Organos Jurisdiccionales:

5.1 Las Entidades pagadoras, a fin de hincar las acciones judiciales correspondientes dentro del plazo de prescripción establecido por la Ley, deberían realizar un estudio de sus expedientes administrativos correspondientes a los trámites de pensión del Decreto Ley N° 20530, a fin de evaluar cuál podría encontrarse dentro de las causas de nulidad.

5.2 Una vez identificados los referidos expedientes, remitirlos, a la brevedad posible, a la ONP, para el inicio de las acciones judiciales. Debemos recordar que no existiría una posibilidad de iniciar otro tipo de acción, en caso que opere la prescripción.

5.3 La ONP, debería agilizar los trámites para la presentación de los referidos expedientes administrativos, reduciendo los requisitos para presentarlos.

5.4 El Poder Judicial, a fin de cumplir con el principio de celeridad procesal y economía, debería evitar notificar a la Entidad Pagadora, toda vez que el Estado se encuentra válida y suficientemente representado con la ONP, dentro del proceso.

5.5 Asimismo, al momento de fallar, debería considerar la posibilidad de ordenar la devolución de lo indebidamente percibido. Recordemos que algunos pensionistas del D. Ley N° 20530, tienen ingresos muy superiores a cualquier otro, de cualquiera de los otros Sistemas Previsionales.

5.6 Finalmente considero que la ONP, debería planificar una serie de conferencias, a nivel nacional, que sirva para instruir, principalmente a miembros del Poder Judicial y personal de las Entidades del Estado, en la evaluación y la calificación de los derechos previsionales. A fin de hacer más objetivas dichas charlas o conversatorios, se sugiere la asistencia de personas representativas de los sindicatos de pensionistas y/o trabajadores.

Nuestra intención es aclarar el panorama creado por la dación de las normas que motivan este tipo de acciones. Consideramos que hay mucho campo por avanzar y que éste deberá realizarse conjuntamente con la jurisprudencia, la legislación y los aportes, grandes o pequeños, que puedan darse a través de nuestra doctrina nacional. ▽



Gestión Pública & Control

DIRECTOR GENERAL
JUAN F. JIMÉNEZ MAYOR

DIRECTORES
JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN
MARIANA LLONA ROSA
JUAN CARLOS MORÓN URBINA

Nº 2 | FEBRERO 2020

ESPECIAL

Contrataciones públicas:
aportes para la mejora
del sistema

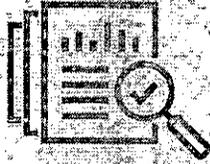
- › Riesgos en la contratación pública
- › La manifestación de voluntad del oferente en los procesos electrónicos de compras públicas
- › Nepotismo: regulación, control, sanción y casos especiales
- › El ejercicio del control gubernamental: lo que el gestor público debe saber
- › Renegociación de los contratos de asociación público privada
- › Inversiones y conflictos sociales: mecanismos y acciones para su prevención
- › Inversión pública y sostenibilidad ambiental

ENTREVISTA

- › **Carlos Neuhaus**
Ex presidente del Comité Organizador de los Juegos Panamericanos
"Dejamos un legado para la mejora de las contrataciones públicas"

UNA PUBLICACIÓN DEL GRUPO

GACETA
JURIDICA
27 AÑOS DE LIDERAZGO



La orientación de oficio

Es la modalidad de control simultáneo que se ejerce alertando por escrito y de manera puntual al titular de la entidad, o quien haga sus veces, sobre la presencia de situaciones que puedan conllevar a la gestión a incurrir en errores, omisiones o incumplimientos en el desarrollo de una o más actividades de un proceso, de los cuales se puede tomar conocimiento a través de la misma entidad u otras fuentes.

La visita de control

Es la modalidad de control simultáneo que consiste en presenciar actos o hechos en curso relacionados a la entrega de bienes, presentación de servicios o ejecución de obras públicas, constatando que su ejecución se realice conforme a la normativa vigente.

Servicios de Control Posterior

Auditorías

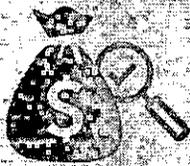
Auditoría de cumplimiento. Es un examen objetivo y profesional que tiene como propósito determinar en qué medida las entidades sujetas al ámbito del Sistema han observado la normativa aplicable, disposiciones internas y las estipulaciones contractuales establecidas en el ejercicio de la función o prestación del servicio público, y en el uso y gestión de los recursos del Estado. Tiene como finalidad la mejora de la gestión, transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno de las entidades mediante las recomendaciones incluidas en el informe de auditoría, que permiten optimizar sus sistemas administrativos, de gestión y de control interno.

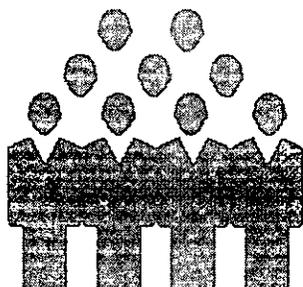
Auditoría financiera. Es el examen a los estados financieros de las entidades que se practica para expresar una opinión profesional e independiente sobre la razonabilidad de estos, de acuerdo con el marco de información financiera aplicable para la preparación y presentación de información financiera. Tiene como finalidad incrementar el grado de confianza de los usuarios de los estados financieros, y se constituye, igualmente, en una herramienta para la rendición de cuentas y la realización de la auditoría a la Cuenta General de la República. Incluye la auditoría de los estados financieros y la auditoría de la información presupuestaria.

Auditoría de desempeño. Es un examen de la eficacia, eficiencia, economía y calidad de la producción y entrega de los bienes o servicios que realizan las entidades con la finalidad de alcanzar resultados en beneficio del ciudadano. Se orienta hacia la búsqueda de mejora continua en la gestión pública, considerando el impacto positivo en el bienestar del ciudadano y fomentando la implementación de una gestión por resultados y la rendición de cuentas. Su análisis puede adquirir un carácter transversal, dado que examina la entrega de bienes o prestación de servicios públicos, en las que pueden intervenir diversas entidades de distintos sectores o niveles de gobierno.

Servicio de control específico a hechos con presunta irregularidad

Es una modalidad de los servicios de control posterior que consiste en la intervención oportuna, puntual y abreviada, con el objeto de verificar la existencia de hechos con evidencias de presunta irregularidad e identificar las posibles responsabilidades civiles, penales o administrativas que correspondan.





La potestad sancionadora de la Contraloría y la SUNEDU

Dos sentencias con la misma problemática pero diferente interpretación por parte del TC

El autor hace un análisis teórico-práctico de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República - CGR, y realiza una comparación de dos sentencias del Tribunal Constitucional donde se abordó la misma problemática de la facultad sancionadora, tanto en el caso de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria - SUNEDU con la Ley Universitaria como en el de la CGR, supuestos en los cuales se interpretó, desde ópticas distintas, la aplicación del artículo 2 inciso 24 de la Constitución, emitiéndose resoluciones con interpretaciones aparentemente opuestas.



LUIGINO PILOTTO CARREÑO

Vocal del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas. Profesor de posgrado en la USMP, en ESAN y en la UNMSM.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) // Inhabilitación // Derecho de defensa // Infracciones // Órgano instructor // Potestad sancionadora // Contraloría

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. La potestad sancionadora del Estado

El Estado, en el desarrollo regular de sus funciones, y como parte del poder que tiene para compeler el cumplimiento de sus mandatos expresados en normas o en decisiones administrativas, tiene la potestad de sancionar a los administrados. Esta potestad de imponer penas, en uso de su *ius imperium*, a quienes vulneran el marco jurídico se denomina potestad sancionadora, que es una facultad que

tienen determinadas entidades del Estado para sancionar conductas que son tipificadas en una ley.

Cuando una conducta es considerada por la ley como una infracción y es conocida por la administración es necesario, primero, que se inicien las investigaciones que permitan determinar si resulta procedente o no el inicio del procedimiento administrativo sancionador, bajo responsabilidad.

El procedimiento administrativo sancionador busca dos objetivos fundamentales. Primero, es una forma de corregir situaciones irregulares generadas por actos ilícitos. Por otro lado, es un medio que permite garantizar el derecho fundamental a la defensa de aquellos administrados que se vieran

comprendidos dentro del mismo. Este derecho se materializa a través de la presentación de sus posiciones (descargos) fundamentadas, medios probatorios, derecho a ser escuchados (uso de la palabra), entre otras garantías del debido proceso.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en la sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, señala con relación a la potestad sancionadora que:

Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del Derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del Derecho Penal, sino también en el Derecho Administrativo Sancionador, el cual incluye, naturalmente, el ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense. Una de esas garantías es, sin lugar a dudas, que las faltas y sanciones de orden disciplinario deban estar previamente tipificadas y señaladas en la ley.

El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está también determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. N° 010-2002-AI/TC), el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Como se ha señalado, "Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como... ley o norma con rango de ley. (STC de España 61/1990). (Fundamento 8)

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017) sobre la materia ha señalado:

El carácter obligatorio de las disposiciones que integran un ordenamiento jurídico exige que el sistema tenga previsto mecanismos que hagan frente a aquellas conductas que impliquen su contravención, teniendo en cuenta que si la eficacia de todo sistema jurídico depende de la existencia de suficientes facultades coercitivas para garantizar su cumplimiento, la aplicación de estos mecanismos no es más que una manifestación del *ius puniendi* estatal que, en lo relativo a las actuaciones administrativas, se concretiza en la denominada potestad sancionadora de la Administración Pública. (p. 9)

Los enunciados genéricos no pueden ser considerados como una forma adecuada de cumplir con el principio de legalidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de España, en la sentencia recaída en el Expediente 77/1983, de 3 de octubre de 1983, también sobre la potestad sancionadora, señala que:

No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la administración de justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados.

(...)

3. Colocados de lleno en la línea a la que hemos llegado en el apartado anterior podemos establecer que los límites que la potestad sancionadora de la administración encuentra en el

artículo 25.1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la administración presentan; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la administración siga para imposición de sanciones, y d) finalmente, la subordinación a la autoridad judicial. (Fundamentos 2 y 3)

« Otorgar facultades a la administración para tipificar supuestos sancionables es conveniente, dado que permite una reacción más rápida ante nuevas formas de incumplimiento normativo. »

El procedimiento administrativo sancionador debe considerarse como un conjunto de actuaciones cuya finalidad es determinar la existencia o no de responsabilidad administrativa. De ser demostrada la comisión del acto punible se debe proceder a aplicar la sanción correspondiente.

Además, este procedimiento constituye la forma en la cual un administrado a quien se le han imputado cargos hace valer sus derechos fundamentales frente a la administración pública, siguiendo un camino ya predeterminado y claro, el cual garantiza el ejercicio regular de los mecanismos de defensa.

Es decir, el ejercicio de la potestad sancionadora a través de un procedimiento administrativo tiene una doble importancia, pues se convierte en el

mecanismo de la administración pública para lograr su finalidad pública y, asimismo, constituye la mejor forma de otorgar al administrado la garantía de que se respetarán sus derechos fundamentales.

2. El concepto de la sanción administrativa

Debemos recordar que los actos administrativos pueden ser declarativos o constitutivos de derechos u obligaciones de los administrados. Los primeros declaran un derecho preexistente, mientras que los constitutivos crean derechos (actos favorables) o imponen gravámenes (actos de gravamen). Dentro de este último ámbito se encuentran las sanciones administrativas.

De acuerdo con José Suay Rincón (1989), las sanciones administrativas son actos que disminuyen o debilitan la esfera jurídica de los particulares, sea privando o limitando un derecho o imponiendo una obligación. Las sanciones administrativas tienen un correlato propio con el tipo de responsabilidad que las genera.

Dentro del ámbito del Estado existen hasta tres tipos de responsabilidades distintas, que pueden generarse en un mismo acto punible, a saber:

- a) **Administrativa.** Generada por una transgresión normativa que, por su magnitud, debe ser materia de un procedimiento sancionador y, de ser el caso, la aplicación de una sanción respectiva.
- b) **Penal.** Nace de la comisión de una figura típica, antijurídica, con dolo (voluntad de hacerla) y cuya gravedad importa la imposición de sanciones mayores a los que la administración puede determinar.
- c) **Civil.** Cuando el acto transgresor genera daños económicos. Este debe ser resarcido en favor del Estado.

Debemos recordar que las responsabilidades son independientes entre sí, por lo que cada una tiene un carril propio que no se interseca con el de las demás. La administrativa no tiene vinculación con las otras dos aunque, como dijimos, un mismo acto puede generar más de un tipo de responsabilidad.

Estas responsabilidades y la posibilidad de la sanción en sede administrativa han sido aceptadas y respetadas por los administrados y por sede jurisdiccional, permitiendo, a través de las facultades otorgadas legalmente a las entidades administrativas, cumplir con esta función.

El otorgamiento de facultades sancionadoras a la CGR es un arma eficaz contra la corrupción dentro de nuestro Estado.

Existen diversas razones que justifican que esta función sea cumplida por la administración pública. Por un lado, se descarga la función jurisdiccional al permitir que los casos de menor importancia sean tratados en sede administrativa. Asimismo, estas funciones permiten otorgar una mayor eficacia al aparato represivo de la administración respecto de los ilícitos menores. Finalmente, existe una mayor cercanía entre la autoridad sancionadora y los administrados sancionados.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 01654-2004-AA/TC, hace mención a que:

2. La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración; como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de derecho (artículo 3, Constitución Política), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales. Al respecto, debe resaltarse la vinculatoriedad de la Administración al irrestricto respeto del derecho al debido proceso en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios y, en consecuencia, de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales

(v. gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman. (Fundamento 2)

En tal sentido, la potestad administrativa de imponer sanciones es propia del ejercicio regular del derecho que tiene el Estado de hacer cumplir sus disposiciones, la misma que se encuentra arreglada a Ley y a la misma Constitución, debiendo, para ello, respetar necesariamente, los derechos constitucionales de los administrados.

II. DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

1. Antecedentes

Por mandato de la Ley N° 29622, se modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporando el subcapítulo II "Proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional" en el capítulo VII del título III, otorgándose a este organismo constitucionalmente autónomo del Estado las facultades para conocer y sancionar las conductas de los administrados que vulneren la norma y se enmarquen dentro de una responsabilidad administrativa funcional.

Por tal motivo, todos los hechos posteriores al 6 de junio de 2011 puestos en conocimiento del órgano de control eran considerados como transgresiones graves o muy graves, siendo de competencia de los órganos sancionadores de la Contraloría.

Se aplicaba el Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS) solamente en los casos que habían sido detectados como consecuencia de una acción de control. Esto implica la realización de un informe de control, el cual, luego de recomendar el inicio de acciones disciplinarias, hace una primera graduación del nivel de las faltas, determinando si son leves, graves o muy graves.

Si es leve, la determinación de la sanción será efectuada por la propia entidad. Se presume que en este tipo de faltas importa la aplicación de una amonestación verbal o escrita, sin embargo, de acuerdo con la investigación que pueda realizar la

propia institución, esta podría escalar a otro tipo de sanción. En estos supuestos resulta de aplicación las normas contenidas dentro de la Ley de Servicio Civil, vinculada al procedimiento administrativo disciplinario.

«Es necesario aclarar la norma constitucional a través de una reforma constitucional que haga factible, a través de la delegación por ley, la tipificación de los supuestos sancionables en normas reglamentarias.»

En caso el examen de control determine que la infracción es grave o muy grave, la entidad debe abstenerse de ver el caso, pues este será ventilado en el ámbito la de Contraloría General de la República. En esta sede se encarga al órgano instructor¹ realizar las actuaciones necesarias para determinar si existe o no responsabilidad, para lo cual se debe observar el derecho de defensa y asegurar el debido proceso administrativo.

Concluida esta fase, pasa al órgano sancionador, el cual, mediante resolución motivada, impone o no la sanción que corresponda. De considerarlo pertinente puede efectuar nuevas actuaciones, pero solo si son indispensables. Ambos reportan a la Gerencia de Responsabilidades de la Contraloría. Contra la decisión del sancionador procede la apelación ante el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, el cual resuelve en última instancia administrativa.

¹ Decimos que se encarga pues, como veremos más adelante, esta facultad de la Contraloría ha sido reconocida como constitucional por el propio TC.

Dentro de ese marco, las sanciones que imponía la Contraloría, teniendo en consideración la gravedad de los hechos imputados podía ser:

- a) Inhabilitación para el ejercicio de la función pública de uno a cinco años.
- b) Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones sin goce de remuneraciones, no menor de treinta días calendario ni mayor de trescientos sesenta días calendario.

En cualquiera de los dos supuestos debían, además, ser inscritas en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido administrado por SERVIR, sin interesar la graduación de la misma.

Luego, se emitió la Ley N° 30742, Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control. Con posterioridad se aprobó el reglamento de sanciones de la Contraloría, sustentado en la dación de esta nueva norma, siendo aprobado mediante Resolución de Contraloría General N° 100-2018-CG.

2. De la regulación de la facultad sancionadora

Para comprender cabalmente el otorgamiento de esta facultad a la CGR, debemos recordar lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, el cual, a la letra, dispone lo siguiente:

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que

la ley o decreto legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. (...)

Esto implica que, desde el punto de vista de esta norma, la tipificación puede ser válidamente realizada por una norma reglamentaria, siempre y cuando la Ley así lo determine. Esta delegación tiene una lógica basada en la cercanía de la administración a los supuestos que puedan ser materia de sanción, otorgándoles así la celeridad en la regulación, así como el carácter técnico necesario para la determinación de las hipótesis sancionables.

Dentro de ese ámbito y, como consecuencia de la promulgación y entrada en vigencia de la Ley N° 29622, esta facultad fue otorgada a la Contraloría mediante la incorporación y aprobación del artículo 46 de su Ley Orgánica. Esta norma determinaba lo siguiente:

Artículo 46.- Conductas infractoras

Conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional son aquellas en las que incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen. Entre estas encontramos las siguientes conductas:

- a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público.
- b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública.
- c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento.
- d) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público.

El reglamento describe y especifica estas conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional (graves o muy graves) que se encuentran en el ámbito de la potestad para sancionar de la Contraloría General. Asimismo, el procesamiento de las infracciones leves será de competencia del titular de la entidad.

Existen diversos procedimientos administrativos sancionadores dentro del Estado que vulneran lo dispuesto por el artículo 2 inciso 24 de la Constitución, por lo que correspondería determinar su inconstitucionalidad.

Posteriormente, la Ley N° 30742 modifica este artículo, otorgándole un tenor muy similar al anterior, de acuerdo con el siguiente texto:

Artículo 46.- Conductas infractoras

Constituyen conductas infractoras graves o muy graves en materia de responsabilidad administrativa funcional, sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General, las siguientes:

(...)

Mediante reglamento aprobado por resolución del titular, se describen y especifican estas conductas, constitutivas de infracciones graves o muy graves en materia de responsabilidad administrativa funcional sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General. Estas infracciones pueden ser determinadas de forma objetiva, en los casos señalados en dicho reglamento.

La sanción de las demás conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional derivadas de los informes de control es de competencia de cada entidad.

Como veremos más adelante, esta forma de redacción ha sido contraproducente para los intereses de

la misma Contraloría y del propio Estado, dentro del marco de la lucha contra la corrupción.

III. DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD EMITIDA EN EL EXPEDIENTE N° 00020-2015-PI/TC

1. Breve reseña de la sentencia, parte pertinente

La sentencia emitida por el TC de fecha 25 de abril de 2018 y publicada el 26 de abril de 2019, tiene ciertas líneas matrices que debemos tener presente, a saber:

- a) Todo derecho sancionador se debe guiar por el principio de legalidad, contenido dentro del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución (fundamentos 36 y 41)². Esto implica que si bien se puede, vía reglamentaria, especificar o graduar sanciones, no se pueden determinar qué conductas están prohibidas dentro del referido reglamento (fundamento 44)³.

Asimismo, los enunciados genéricos no pueden ser considerados como una forma adecuada

de cumplir con el principio de legalidad: "Sin embargo, conforme a lo señalado previamente, el subprincipio de tipicidad requiere que las infracciones estén tipificadas de manera concreta y expresa en una norma con rango de ley" (fundamento 55).

- b) El TC determina, además, que las sanciones de inhabilitación no pueden restringir derechos políticos de elegir y ser elegidos. Es decir, son válidas en tanto no impidan a una persona postular a una elección, así se encuentre inhabilitada por sanción impuesta por la Contraloría. Este punto requiere un particular análisis toda vez que, a criterio del TC, resulta más importante el postular que minimizar el riesgo de tener gente con antecedentes dudosos en cargos de elección popular. Este criterio es altamente dañino dentro de un esquema de lucha contra la corrupción.
- c) Asimismo, la sentencia señala la validez de la sanción de inhabilitación administrativa al determinar que su naturaleza es diferente a la que se aplica en vía penal, por lo que los parámetros para su utilización son distintos.
- d) Finalmente, concluye que las facultades de sancionar que esta entidad tiene son constitucionales, tal como la misma Contraloría señaló en su defensa, al contar con un tribunal de segunda instancia cuya conformación no está vinculada con su administración, no encontrándose subordinada dentro de la estructura de la Contraloría y estar retribuidos con dietas.

2. Consecuencias sobre el PAS

La sentencia del TC tiene relevancia en cuanto al PAS, también respecto a sus consecuencias. Veamos algunas de estas:

- a) Todos los procesos en giro se deben paralizar y culminar sin pronunciamiento sobre el fondo. Esto implica que en los casos de cerca de 15 400 funcionarios comprendidos dentro de los procedimientos en curso no se pudo determinar la responsabilidad o no de su actuación. Se

2 *36. El principio de legalidad en materia sancionatoria está reconocido en el artículo 2 inciso 24, literal d, de la Constitución:

"Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley"

*41. En consecuencia, se vulnera el principio de legalidad en sentido estricto si una persona es condenada o sancionada por un delito o infracción no prevista expresamente en una norma con rango de ley. Por otro lado, se vulnera el subprincipio de tipicidad o taxatividad cuando, pese a que la infracción o delito está prevista en una norma con rango de ley, la descripción de la conducta punible cumple con estándares mínimos de precisión".

3 *44. Nada de ello puede interpretarse de manera tal que se permita la desnaturalización de los principios de legalidad y tipicidad o taxatividad. Es admisible que, en ocasiones, los reglamentos especifiquen o gradúen infracciones previstas de manera expresa en la ley. Sin embargo, nada justifica que establezcan conductas prohibidas sin adecuada base legal o que, al desarrollar disposiciones legales generales o imprecisas, los reglamentos terminen creando infracciones nuevas subrepticamente".

comprenden casos emblemáticos vinculados a temas de lucha anticorrupción tales como el sistema de limpieza pública del Callao, el aeropuerto de Chincheró, la Línea 2 del metro de Lima, entre otros.

- b) Los casi 3200 funcionarios sancionados podrán interponer válidamente, como parte de su argumento de defensa, la inconstitucionalidad de la norma, así se refieran a casos fenecidos administrativamente. Los jueces están en la obligación de hacer control difuso, tal como lo determina el fundamento 13 de la aclaración formulada.
- c) Mientras no se eleven nuevos procesos, la segunda instancia administrativa deberá reducir o paralizar su labor a la mínima expresión.
- d) Al no haberse declarado por conexidad la inconstitucionalidad de la Ley N° 30742, que modificó el artículo 46 de la Ley N° 29622, esta sigue vigente, a pesar de tener el mismo tenor que la norma declarada inconstitucional.
- e) Sin embargo, en este caso, como podemos ver de la redacción antes incluida de las citadas normas, resulta irrelevante toda vez que la determinación de las figuras típicas de la Ley N° 29622 son recogidas a través de unos puntos suspensivos dentro del texto de la Ley N° 30742, norma que no cuenta con un catálogo propio de supuestos sancionables.
- f) La consecuencia inmediata de esta redacción normativa es la carencia absoluta, a la fecha, de supuestos sancionables por parte de la CGR.
- g) De darse una nueva ley, recogiendo el principio del Tribunal Constitucional, esta regirá a partir del día siguiente de su publicación y no será aplicable a casos en giro. En ese sentido, todos los procedimientos en giro no podrán usar la nueva disposición, pues eso vulneraría el principio de irretroactividad en la aplicación de las normas, más aún en el caso de medidas sancionadoras.

- h) Existen diversos procedimientos administrativos sancionadores dentro del Estado que vulneran lo dispuesto por el artículo 2 inciso 24 de la Constitución, por lo que, a igual razón, igual derecho, correspondería determinar su inconstitucionalidad, llegado el caso (SUNAFIL, OEFA, entre otros).

« Ambas sentencias del TC generan un alto grado de inseguridad jurídica, teniendo presente que para un supuesto similar existen dos resoluciones judiciales con criterios totalmente opuestos. »

IV. COMPARACIÓN DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LAS FACULTADES SANCIONADORAS DE LA SUNEDU Y LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Ahora bien, haciendo un poco de memoria, podemos recordar que se inició un proceso similar al seguido contra las facultades de la Contraloría, en el caso de la SUNEDU. En este caso, el TC determinó que no existía inconstitucionalidad respecto de las facultades otorgadas a la referida Superintendencia para sancionar. Entonces, cabe preguntarse, ¿son casos similares o no?

Comencemos haciendo un cuadro comparativo del tratamiento normativo (cuadro N° 1), a nivel legal, de las regulaciones relativas al procedimiento sancionador en cada uno de los casos:

CUADRO N° 1

COMPARACIÓN DEL TRATAMIENTO NORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN LA LEY N° 30220 Y EN LA LEY N° 29622

NORMAS	
Ley N° 30220 - Ley Universitaria	<p>Artículo 21.- Infracciones y sanciones</p> <p>Constituyen infracciones pasibles de sanción las acciones u omisiones que infrinjan las normas sobre (i) el licenciamiento, (ii) uso educativo de los recursos públicos y/o beneficios otorgados por el marco legal a las universidades, (iii) condiciones básicas de calidad para ofrecer el servicio educativo universitario o servicio educativo conducente al otorgamiento de grados y títulos equivalentes a los otorgados por las universidades; así como las obligaciones establecidas en la presente Ley y en su reglamento de infracciones y sanciones. Las infracciones serán clasificadas como leves, graves y muy graves.</p> <p>La SUNEDU, en función a la gravedad de las infracciones, podrá imponer las siguientes sanciones:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Infracciones leves: multa.b) Infracciones graves: multa y/o suspensión de la licencia de funcionamiento.c) Infracciones muy graves: multa y/o cancelación de la licencia de funcionamiento. <p>La tipificación de las infracciones, así como la cuantía y la graduación de las sanciones se establecerán en el Reglamento de Infracciones y Sanciones, el cual será aprobado mediante decreto supremo refrendado por el ministro de Educación.</p>
Ley N° 29622 - Ley que Modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional	<p>Artículo 46.- Conductas infractoras</p> <p>Conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional son aquellas en las que incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen. Entre estas encontramos las siguientes conductas:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público.b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública.c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento.d) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público. <p>El reglamento describe y especifica estas conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional (graves o muy graves) que se encuentran en el ámbito de la potestad para sancionar de la Contraloría General. Asimismo, el procesamiento de las infracciones leves será de competencia del titular de la entidad.</p>

Si hacemos una comparación simple, podemos concluir que ambas normas son genéricas en cuanto a la tipificación de las faltas generales, dejando al reglamento la determinación específica de las conductas a ser sancionadas. Inclusive,

me atrevería a decir que en el caso de la Contraloría existe algún nivel mayor de precisión que el existente dentro de la Ley Universitaria. Pero, entonces, ¿cómo fundamentó en uno y otro caso el TC? Lo veremos en el cuadro N° 2.

CUADRO N° 2

RESOLUCIÓN DEL TC EN EL CASO SUNEDU Y EN EL CASO CONTRALORÍA

<p>Caso SUNEDU</p> <p>Expedientes N°s 00014-2014-PI/TC, 00016-2014-PI/TC, 00019-2014-PI/TC y 00007-2015-PI/TC (parte pertinente) Ley N° 30320</p>	<p>178. El principio de legalidad constituye a su vez una garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, expresamente consagrada por la Constitución en el literal d) del numeral 24 del artículo 2, en cuanto establece que "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".</p> <p>179. Este Tribunal Constitucional tiene resuelto que "no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de o considerado como antijudicio desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos" (STC N°00197-2010-AA, fundamento jurídico 5).</p> <p>180. En esta materia aplica entonces aquella reserva de ley relativa. Por ende, no resulta inconstitucional que se derive al reglamento la tipificación de las infracciones, en tanto se ha fijado en la ley las conductas sancionables y la escala y los tipos de sanción.</p> <p>181. Por último, cabe añadir que si se regula una actividad con miras a garantizar la calidad del servicio público, resulta necesario dotar al organismo supervisor de las herramientas necesarias para corregir las infracciones que se adviertan en su ámbito específico.</p> <p>182. De otro lado, y como es obvio, las resoluciones de sanción deberán estar debidamente motivadas, y la sanción que se imponga debe resultar proporcional a la naturaleza y gravedad de la infracción en que haya incurrido la universidad.</p> <p>183. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.</p>
<p>Caso Contraloría</p> <p>Expediente 00020-2015-PI/TC (parte pertinente) Ley N° 29622</p>	<p>35. Señala que dicha disposición es inconstitucional porque las conductas susceptibles de sanción allí establecidas son genéricas e imprecisas lo que vulnera los principios de tipicidad y taxatividad reconocidos por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional. Añade que, por esa razón, los funcionarios o servidores públicos tienen dificultad en conocer los motivos por los que la CGR pretende sancionarlos lo que vulnera su derecho de defensa.</p> <p>El principio de legalidad en materia sancionatoria está reconocido en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución:</p> <p>Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley</p> <p>37. El tenor literal de la Constitución sugiere que dicho principio únicamente puede aplicarse en sede jurisdiccional. Sin embargo, en reiterada jurisprudencia, este Tribunal Constitucional ha establecido que "los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del Derecho Penal, sino también en el del Derecho Administrativo Sancionador (...) (cfr. sentencias emitidas en los Expedientes 02050-2002-AA/TC, 02192-2004-PA/TC y 00156-2012-PHC/TC, entre otras).</p>

38. No podría ser de otra manera puesto que, a través de su potestad sancionadora, el Estado puede restringir derechos fundamentales tan importantes como la libertad personal, la propiedad y la libertad de trabajo. En un Estado constitucional, la imposición de sanciones semejantes solo puede considerarse válida si estas reprimen una conducta que haya sido tipificada de manera previa, expresa y precisa en una norma con rango de ley. De lo contrario, la persona sancionada podría encontrarse en indefensión, pues tendría dificultades para conocer las infracciones concretas que se le imputan lo que limitaría severamente su capacidad para defenderse en el proceso judicial o procedimiento administrativo correspondiente.

39. Ello es particularmente cierto en el Derecho Penal, pero también en el Derecho Administrativo Sancionador pues allí también pueden imponerse sanciones limitativas de derechos fundamentales como las multas o la inhabilitación.

(...)

43. Dicha norma establece que, en el caso del Derecho Administrativo Sancionador, los reglamentos pueden especificar o graduar las infracciones debidamente tipificadas en la ley; además señala que, en casos de remisión legal expresa, es posible tipificar infracciones a través de normas reglamentarias.

44. Nada de ello puede interpretarse de manera tal que se permita la desnaturalización de los principios de legalidad y tipicidad o taxatividad. Es admisible que, en ocasiones, los reglamentos especifiquen o gradúen infracciones previstas de manera expresa en la ley. Sin embargo, nada justifica que establezcan conductas prohibidas sin adecuada base legal o que, al desarrollar disposiciones legales generales o imprecisas, los reglamentos terminen creando infracciones nuevas subrepticamente.

De acuerdo con mi criterio, y basado en una interpretación literal de ambas sentencias, debo concluir que estas son disímiles, aunque la conformación del TC haya sido casi la misma, pues en uno considera que sí resulta factible que un reglamento tipifique las faltas y que esto es totalmente constitucional, mientras que en el otro supuesto dicha posibilidad resulta inconstitucional.

Cabría ver en qué forma se logra la ansiada seguridad jurídica con criterios jurisprudenciales tan distintos entre sí para casos tan similares. Dejo a criterio de cada uno el determinar si me encuentro en un error o estamos ante un grave caso de criterios dispares para supuestos similares.

V. CONCLUSIONES

- Resulta evidente que otorgar facultades a la administración para que tipifique los supuestos

sancionables es, ciertamente, conveniente, dado que permite una reacción más inmediata ante nuevas formas de incumplimiento normativo, así como la posibilidad de otorgarle a dichos supuestos un tratamiento técnico adecuado.

- Queda claro que un arma eficaz contra la corrupción, dentro de nuestro Estado, es el otorgamiento de facultades sancionadoras a la CGR. Este hecho resulta tan evidente que el mismo TC en su sentencia no declara inconstitucional el otorgamiento de esta facultad a la Contraloría.
- Sin embargo, el declarar inconstitucional el artículo 46 de la Ley N° 27785, incorporado por la Ley N° 29622, deja sin posibilidad de ejercer esa facultad sancionadora a la CGR, dado que elimina tanto la tipificación genérica de los supuestos sancionables como la remisión

al Reglamento para realizar una regulación más específica de estos.

- Por otro lado, existe una clara diferencia de criterio por parte de este órgano jurisdiccional al momento de determinar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2, inciso 24 de la Constitución. Mientras que en el caso de la acción de inconstitucionalidad seguida contra la Ley Universitaria, la determinación de la tipificación de los supuestos sancionables, a través de una norma genérica, es considerada como constitucional, cuando el TC analiza la constitucionalidad del artículo 46 de la Ley N° 27785, termina declarándolo como inconstitucional, por ser genérico.
- Estas dos sentencias generan, primeramente, un alto grado de inseguridad jurídica, teniendo presente que para un supuesto similar existen dos resoluciones judiciales con criterios totalmente opuestos.
- Por otro lado, cabe preguntarse: ¿cuál debe ser el criterio a aplicar en los demás procedimientos

administrativos sancionadores donde la tipificación puede encontrarse en su integridad en normas que no tienen rango de Ley? Consideramos que es necesario analizar si se debe elevar a rango de ley los referidos procedimientos o, en su defecto, aclarar la norma constitucional a través de una reforma de la Constitución que deje en claro que es factible, a través de la delegación por ley, la tipificación de los supuestos sancionables en las normas reglamentarias.

REFERENCIAS

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador*. 2ª ed. Lima: Minjus.
- Suay, J. (1989). *Sanciones administrativas*. Bolonia: Real Colegio de España.
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 77/1983. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/205> (acceso 27/12/2019).
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia 61/1990. Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1486> (acceso 27/12/2019).
- Tribunal Constitucional de Perú. STC Exp. N° 00020-2015-PI/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00020-2015-AI.pdf> (acceso 27/12/2019).



TC GACETA constitucional

análisis multidisciplinario
de la jurisprudencia del tribunal constitucional

TOMO
31
JULIO 2010

DIRECTORES

Jorge Avendaño Valdez
Jorge Santistevan de Noriega
Victor García Toma

GACETA
JURIDICA

Av. Angamos Oeste N° 526 - Miraflores / Lima - Perú
Central Telefónica: 710-8900 / Telefax: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

ANÁLISIS Y CRÍTICA

El principio de razonabilidad y la aplicación de sanciones

Análisis de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional*

Luligno PILOTTO CARREÑO**

RESUMEN

La facultad sancionatoria del empleador, en el marco de una relación laboral, encuentra ciertos límites. Uno de ellos lo constituye el principio de razonabilidad, el cual exige proporcionalidad entre la sanción impuesta por el empleador y la falta cometida por el trabajador. En el presente artículo el autor analiza una reciente sentencia del Tribunal Constitucional en donde se discute acerca de la correcta o incorrecta aplicación de este principio por parte del empleador.

I. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

El Tribunal Constitucional, en una sentencia que resulta polémica, ha determinado la aplicación del principio de razonabilidad al momento de imponer sanciones. La RTC Exp. N° 02267-2009-PA/TC determina que, al momento de aplicar una sanción, se debe tener presente los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de no incurrir en abusos contra el trabajador.

El quinto fundamento de la referida sentencia, determina expresamente que:

“Este Tribunal considera que, si bien en el presente caso no se configura ninguno de los supuestos del despido fraudulento,

también lo es que el despido del demandante viola el derecho constitucional al debido proceso sustantivo porque la emplazada, al momento de imponer la sanción al actor, lo hizo en contravención de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (...)”

Esta sentencia tiene dos aristas a analizar. La primera relacionada con la aplicación del principio de razonabilidad al momento de aplicar una sanción, por parte del empleador y una segunda, relacionada con la competencia del Tribunal para emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

El demandante solicita a través de un proceso de amparo que se declaren inaplicables las

* Nota de Gaceta Constitucional: La RTC Exp. N° 02267-2009-PA/TC, objeto del presente comentario, ha sido publicada en Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tomo 4, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2010, p. 85 y ss.
** Especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

cartas de aviso de despido y de despido, cursadas por su empleador, "Empresa Hotelera Cusco S.A.", al haberse incurrido en causal de despido fraudulento, pues se le ha imputado hechos que no ocurrieron, por lo que no se ha quebrantado la buena fe laboral.

Del tenor de la sentencia no se desprende ningún documento que pueda sustentar la posición del demandante.

La empresa, por su parte, sustenta su postura en que el trabajador ha utilizado indebidamente los servicios de la empresa y, además, ha proporcionado información falsa, con la finalidad de obtener una ventaja. Manifiesta también que el recurrente, al momento de sustentar su demora en la realización de sus labores, indicó que ciertos clientes habían consumido productos que no querían que figurasen dentro de su factura final, pidiendo que sean cambiados por otros, hechos que no son verdaderos, lo cual se desprende de la comanda de pedidos, en los cuales no figuran los productos aludidos.

El Tribunal Constitucional señala taxativamente que no existe despido fraudulento, sin embargo, se viola el derecho constitucional al debido proceso sustantivo, pues la demandada no tuvo presente, al momento de imponer la sanción, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por lo que resuelve, declarando por mayoría, fundada la demanda por violación del derecho al trabajo, nulas las cartas de aviso de despido y de despido, ordenando al empleador reponer al recurrente en su mismo cargo o en otro de igual nivel.

¿Cómo se llegó a esta conclusión? El desarrollo lógico de la sentencia contenido dentro de sus fundamentos, no aclara esta duda, sino que tiende a abrir nuevas aristas en este rosario de incertidumbres.

II. LA FACULTAD DISCIPLINARIA Y SUS LIMITACIONES

1. El poder de dirección y la facultad disciplinaria

En toda sociedad existen personas que dirigen y aquellas son dirigidas. Esta función básica

de organización permite mantener un orden dentro de ella, haciendo que se cumplan las regulaciones que le son propias y se persigan los intereses que son comunes a la mayoría de sus miembros, permitiendo un desarrollo más o menos armonioso.

Esta misma premisa general existe dentro de cualquier empresa, donde los temas relacionados a las relaciones laborales y empresariales, se encuentran en las manos del empleador, quien tiene la facultad de dirigirlos, directamente o a través de representantes.

Sin embargo, esta facultad no es omnimoda, sino que tiene sus limitaciones. La primera, lógicamente, está determinada por la temporalidad en el uso de ella. Solamente se puede ejercer dentro del ámbito del centro de trabajo, en horario de trabajo o con relación a la prestación de las labores para las cuales el trabajador ha sido contratado. No puede, obviamente, invadir las esferas personales ni familiares.

Adicionalmente, como toda facultad de dirección, tiene también otro tipo de límites, establecidos por factores prácticos, por ejemplo, no puede pedirle al abogado que repare un equipo de cómputo. Solamente puede exigirle labores que estén relacionadas con la función principal que cumple. Asimismo, no se puede, con base en la capacidad de dirección, vulnerar las normas que el Estado ha aprobado y que tienen incidencia en la prestación de las labores.

Esta facultad de dirigir que tiene el empleador, sería vacía si no contase con las armas para adoptar medidas que permitan sancionar el incumplimiento de sus disposiciones. En ese supuesto, nos encontramos ante la facultad disciplinaria del empleador, quien puede, de alguna forma, impartir justicia en el centro de trabajo, a través de la imposición o no de sanciones.

Julio Armando Grisolia señala:

"Como lógica consecuencia de la facultad de dirección, del poder reglamentario y de la facultad de control, surge el poder disciplinario del empleador, cuya función principal—además de la punitiva—es corregir la

mala conducta del trabajador, materializada en faltas o incumplimientos a las obligaciones contractuales emergentes de la LCT¹, del convenio colectivo, del estatuto profesional, del reglamento de empresa o del contrato individual de trabajo.

El poder disciplinario consiste en la posibilidad del empleador de aplicar sanciones al trabajador por dichos incumplimientos².

Manuel Alonso Olea, por su parte, lo define como:

"La función disciplinaria que se concreta en la función de juzgar sobre el cumplimiento o incumplimiento, y sobre las causas y la entidad de este, de las órdenes impartidas, así como en su sanción. La función disciplinaria es, pues, correlativa y complementaria de la función de dirección del personal"³.

Ambas definiciones recogen que esta posibilidad de imponer sanciones es congruente con la facultad de dirigir la empresa, no pudiendo entenderse una sin la otra. La de Julio Grisolia incluye, además, un sustento que resulta importante tener presente, cual es la necesidad de corregir la mala conducta de un trabajador, a través de la sanción, es decir que esta tiene que, en la medida de lo posible, buscar la rehabilitación del trabajador.

Esto nos lleva al punto materia de análisis. El empleador, al momento de imponer una sanción, no puede dejar de lado los preceptos nombrados dentro de la sentencia del Tribunal Constitucional, vale decir, la racionalidad y la proporcionalidad.

Tal vez el mejor estudio realizado sobre esta materia la realizó el maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez, quien lo definió de la siguiente manera:

"(...) el principio de razonabilidad consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón."

(...)

Se trata, como se ve, de una especie de límite o de freno formal y elástico; al mismo tiempo, aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro y, sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles⁴.

Como se puede apreciar, el poder disciplinario no puede ser considerado como ilimitado, pues en ese caso, podrían configurarse acciones autoritarias por parte del empleador, carentes de sustento alguno y desproporcionadas, con relación a la infracción cometida.

Aun existiendo estas limitaciones contenidas dentro de los principios que rigen las normas laborales, así como de las normas laborales—el artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR reconoce expresamente la aplicación de este principio en la aplicación de sanciones disciplinarias—se presentan casos de abuso del empleador, al imponer sanciones que superan lo razonable, es decir, sanciones desproporcionadas con relación al hecho penado.

Ante estos supuestos, nos encontramos frente a situaciones que deben ser determinadas por los jueces laborales. Tal como señala Giuseppe Pera:

"En sustancia por la ley es otorgado al empleador, el poder de reaccionar a los diversos comportamientos del trabajador en violación de las obligaciones contractuales directa e inmediatamente, aplicando las sanciones."

1 Ley de Contrato de Trabajo, Argentina.

2 GRISOLIA, Julio Amando. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Octava edición, Lexis Nexis-Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 304.

3 ALONSO OLEA, Manuel. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Quinta edición, Civitas, Madrid, 1994, p. 109.

4 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Tercera edición actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 364 y 365.

Según una parte de la doctrina, este poder del empleador de 'hacerse justicia por sí mismo', sería del todo excepcional respecto del Derecho común de los contratos y no justificable. Es un ordenamiento que reconoce al empleador la posibilidad máxima de resolver la relación con el despido, esta es una crítica poco objetiva; más aún cuando cualquier decisión sancionadora del empleador está después sujeta a la convalidación del magistrado⁵.

Esta cita nos recuerda que, en caso de vulnerarse los principios antes indicados, el empleador sufre las consecuencias de una decisión erróneamente adoptada, al poder ser esta revisada y corregida en sede judicial.

Esta posibilidad se ha concretado en innumerables casos presentados dentro del Poder Judicial. Así tenemos que la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de Casación N° 709-2001-Piura, ha determinado que:

"Si del contrato celebrado entre el actor y la impugnante se desprende que el empleador tenía la facultad de asignar al trabajador a cualquiera de sus tiendas sin ninguna limitación, en consecuencia, al disponer la impugnante el traslado del actor, lo hizo en uso de su facultad de dirección y administración, con criterio de razonabilidad y bajo los términos del propio contrato de trabajo y no con ánimo de hostilizarlo; en consecuencia, al no haberse presentado el actor a laborar en la tienda asignada incumple las obligaciones de trabajo, resistiéndose con ello a las órdenes relacionadas con su labor, hecho que configura falta grave".

Asimismo, la Primera Sala Laboral determinó en el Exp. N° 2425-91-CD, que el desplazamiento de un trabajador de Enafer Perú a una

“El poder disciplinario no puede ser considerado como ilimitado, pues, en ese caso, podrían configurarse acciones autoritarias por parte del empleador, carentes de sustento alguno y desproporcionadas, con relación a la infracción cometida.”

sede en la cual su vida corría peligro, era contraria al principio de razonabilidad, por lo que la sanción de despido aplicada, resultaba desproporcionada.

2. ¿Existe razonabilidad y proporcionalidad en la sanción impuesta por el empleador, en el caso analizado?

La sentencia considera que se han vulnerado los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la sanción, pues debió aplicarse cualquier otro castigo previsto dentro del Reglamento Interno de Trabajo y no directamente el despido. Por ello, concluye que se ha vulnerado el debido proceso sustantivo.

Desde nuestro punto de vista, el hecho contenido en la sentencia demuestra que el trabajador no cumplió con sus deberes; por el contrario, ha quedado demostrado que ha faltado a la verdad. Es decir, nos encontramos ante una falta del trabajador, sin lugar a dudas.

La pregunta sería: ¿esta falta es suficiente como para ser sancionada con el despido?, toda vez que dicha sentencia no es muy ampulosa en fundamentos sobre este aspecto, resulta difícil determinar con cierto grado de certeza tal premisa. Sin embargo, por el contenido del fundamento 4 de esta, pareciera que efectivamente existió desproporción entre la falta cometida y la sanción aplicada. Sin embargo, consideramos que para determinar fehacientemente tal premisa, se deben otorgar las garantías que un proceso judicial laboral brinda, a fin de que se realicen las diligencias necesarias para la defensa de ambas partes.

Tal como anteriormente lo señalásemos, el Tribunal Constitucional se está convirtiendo en una instancia superior, ante el desacuerdo con la sanción impuesta, criterio con el cual no

⁵ PERA, Giuseppe. *Diritto del Lavoro*. Tercera edición, Cedam, Padova, 1988, p. 304.

coincidimos, por las consecuencias que podría tener, como más adelante veremos.

Si bien es cierto, podría no haberse configurado la causal de falta grave, cualquier posible discusión sobre la graduación de la sanción o la naturaleza misma de la causal a aplicar, no es competencia del fuero constitucional, sino más bien del ámbito laboral.

3. ¿Es competente el Tribunal para emitir una sentencia en materia laboral?

El Tribunal Constitucional, en distintas jurisprudencias anteriores, ya se ha manifestado respecto de la procedencia de los procesos de amparo, ante decisiones del empleador que vulneren el derecho al trabajo, incluyendo algunas relacionadas con la aplicación del principio de razonabilidad.

Por ejemplo, la STC Exp. N° 090-2004-AA/TC, del 5 de julio de 2004, en los seguidos por Juan Carlos Callegari Herazo contra el Ministerio de Defensa, sobre la presunta afectación del derecho al debido proceso administrativo y al principio de legalidad, además de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en el fundamento jurídico 38, determina que:

“Por ello, el principio de razonabilidad, implícitamente derivado del principio de igualdad, y expresamente formulado en el artículo 200 de la Constitución, no tolera ni protege que se realicen o expidan actos o normas arbitrarias. Razonabilidad, en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia”.

Sin embargo, esto no significa que sea la vía idónea, tal como el mismo Tribunal así lo determinó. En la STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, del 13 de marzo de 2003, en los seguidos por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A., sobre la presunta afectación al derecho constitucional al trabajo, en el párrafo final del fundamento 21, determina que:

“(…) [E]s de advertir que, por las especiales circunstancias que se han derivado de

la presentación de los documentos a los que en el párrafo anterior se ha hecho referencia, la dilucidación de la controversia requiere de medios de prueba adicionales que no se pueden actuar en este proceso, que carece de estación probatoria, por lo que al desestimarse la pretensión, debe dejarse a salvo el derecho del actor para que lo haga valer conforme a ley”.

Es decir, el mismo Tribunal reconoce que en los procesos de amparo no pueden ventilarse pretensiones como las contenidas dentro de la sentencia analizada, por requerirse de una etapa de actuación de pruebas que permite dilucidar, de manera evidente, la razonabilidad o no de la aplicación de la sanción.

No entramos en la discusión de si, en el caso de marras, estamos ante un evidente exceso en la aplicación de una sanción o no. Consideramos que la premisa que se debe dilucidar, de una vez por todas, es si el Tribunal Constitucional es competente para conocer de procesos en los cuales existe una clara necesidad de actuación de pruebas, en materia laboral.

Tanto la anterior Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, así como la actual, aprobada por Ley N° 29497, determinan las facultades de los jueces de trabajo para conocer de las causas relacionadas con la conclusión del vínculo laboral. La actual norma, en el inciso 1 del artículo 2, faculta al juez de trabajo a conocer de las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales de trabajo, originados en la prestación de servicios laborales. Esta definición de competencia así de amplia, incluye cualquier supuesto que pueda ser considerado como una vulneración a los derechos laborales, máxime si el literal a) del mencionado inciso, determina expresamente que es competente el juez laboral para conocer de los supuestos que extingan la relación laboral, supuesto principal contenido dentro de la pretensión de la demanda. Igual criterio se encontraba contenido en el artículo 4, inciso 2, literal a) de la ley derogada.

Dentro de ese ámbito; debemos recordar también que, de acuerdo con el inciso 3 del artículo

138 de la Constitución Política, es principio y derecho de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Esto implica que "ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

Consideramos que el Tribunal Constitucional, a la fecha, está extendiendo el concepto de Derecho al Trabajo de tal manera que, en la práctica, resulta inviable la interposición de una demanda laboral por despido arbitrario ante los juzgados de trabajo.

Es tiempo que se reconozca la competencia de los juzgados especializados de trabajo, en la materia que le es propia y, de esta forma, se cumpla con el precepto constitucional de mantener la jurisdicción predeterminada por ley. En todo caso, resulta razonable que se determine dónde empieza y dónde termina el derecho al trabajo, es decir, cuáles son los parámetros que se deben tener presente para establecer cuándo nos encontramos ante la competencia constitucional y cuándo ante la laboral, caso contrario, la determinación de vías alternas continuará siendo un inconveniente mayor en controversias nacidas de las relaciones de trabajo.

Consideramos que a la fecha cualquier pretensión laboral que se sustente en la vulneración de este derecho constitucional, será acogida por el Tribunal, así necesite de una etapa probatoria, como sucede en el presente caso.

Sin embargo, debemos recordar que existen regulaciones dentro del Código Procesal Constitucional que podrían verse vulneradas ante el establecimiento de tal criterio. El mencionado cuerpo normativo, en el inciso 2) del artículo 5, determina que:

"Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus".

Asimismo, el artículo 9 de ese mismo Código determina que:

"Artículo 9.- Ausencia de etapa probatoria

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieran actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa".

La determinación de la pertinencia o no de la aplicación de una sanción a un trabajador requiere, de manera evidente la actuación de pruebas, las que permitan determinar la razonabilidad o no de esta, otorgándole a cada parte la posibilidad de demostrar la validez de su pretensión.

Sin embargo y a pesar que este criterio es utilizado de manera reiterada por el Tribunal Constitucional, discrepamos con él por los siguientes argumentos:

- a) Consideramos que si bien podría haber una vulneración al derecho del trabajador, al no ser proporcional la sanción aplicada a la infracción cometida, esta pretensión debería haber sido materia de un proceso judicial en sede laboral. Es decir, se debe seguir la vía determinada por la ley específica.

El mismo Tribunal Constitucional, en cuanto a la competencia de los jueces laborales, recordemos la sentencia del Expediente N° 0206-2005-PA/TC, en el proceso seguido por Víctor Manuel Hacen Bernao la contra la EPS Emapa Huacho S.A., al hacer referencia al juez competente para las causas laborales nacidas de la aplicación del régimen laboral de la actividad

privada, determinó en sus fundamentos de cimonoveno y vigésimo, lo siguiente:

“19. De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N° 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio.

20. Por lo tanto, aquellos casos que se derivan de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral

ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo”.

Cabe precisar que esta sentencia tiene el carácter de precedente vinculante, por lo que es de aplicación obligatoria inclusive, para el mismo Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

b) Por otro lado, el mencionado artículo 9 del Código Procesal Constitucional determina que el proceso de amparo carece de etapa probatoria, pudiéndose presentar solamente medios probatorios que no requieran actuación o aquellos que el juez determine pertinentes. Entonces, ¿hasta qué punto pueden ser defendidos los intereses de ambas partes?

Siempre hemos considerado que existe una jurisdicción especializada, la cual es la competente para conocer de los procesos laborales y que se deben encausar adecuadamente las reclamaciones de los demandantes, impidiendo las jurisdicciones paralelas. Caso contrario, no solamente podríamos encontrarnos ante una violación constitucional, sino ante un supuesto de evidente inseguridad jurídica, en caso se presentasen criterios interpretativos discordantes sobre una misma temática.

Debemos recordar que el doctor Carlos Mesa, al comentar el artículo 38 del Código Procesal Constitucional, mencionaba un criterio que resulta particularmente pertinente:

“Así, por ejemplo, la Constitución garantiza el derecho al trabajo y ordena al legislador otorgar a todos adecuada protección contra el despido arbitrario. Pero para que el acto lesivo del derecho al trabajo sea uno de competencia constitucional, no basta que la causa de despido sea injustificada. El artículo 22 del Decreto Legislativo N° 728 establece las causas justas de despido: el detrimento de facultades o ineptitud sobrevinida, el rendimiento deficiente, la negativa injustificada del trabajador a

someterse a exámenes médicos o a cumplir con las medidas profilácticas o curativas prescritas (...). Frente a todos estos hechos, la controversia no puede llevarse a la sede del amparo, sino a la vía laboral. Es ahí donde tiene que probarse si la extinción unilateral del vínculo laboral se funda o no en una causa justa que ha sido previamente establecida en la ley pero no en la Constitución. El amparo solo procede, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional al conocer del expediente de amparo N° 0976-2001-AA/TC, cuando se despidió al trabajador por discriminación (violación del principio de igualdad); o sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique (despido incausado); o cuando el despido se hace con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y rectitud de las relaciones laborales (despido fraudulento)⁶.

Tal como se puede desprender de la sentencia bajo análisis, no nos encontramos en ninguno de estos tres supuestos. Inclusive, de lo señalado en el Primer Antecedente de la referida Resolución, la pretensión sería la determinación de un despido fraudulento, es decir, un supuesto diametralmente distinto al utilizado por el Colegiado al momento de resolver.

c) Adicionalmente, se debe recordar la garantía constitucional del debido proceso, contenida en el inciso 3 del artículo 138 de la Constitución Política, cuya norma de desarrollo constitucional se encuentra en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

6. MESÍA, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 321 y 322.
7. *Ibidem*, p. 118.
8. *Ibidem*, p. 321.

“[Consideramos] que existe una jurisdicción especializada, la cual es la competente para conocer de los procesos laborales y que se deben encausar, adecuadamente las reclamaciones de los demandantes, impidiendo las jurisdicciones paralelas.”

El Dr. Mesía, al analizar el mencionado principio, señala expresamente que:

“El principio es muy simple. Los procesos constitucionales solo actúan ante la ausencia de otros mecanismos procedimentales eficaces para la tutela del derecho. (...) La mayoría de las veces, por no decir siempre, existen vías procedimentales eficaces. La excepcionalidad de los procesos constitucionales se presenta invariablemente por razones de tiempo. Es la demora en el trámite lo que convierte a las otras vías en poco idóneas y eficaces, habilitando de este modo la procedencia de los procesos constitucionales ante la inminencia de la irreparabilidad”.

Coincidimos con lo planteado por el Dr. Mesía en la cita realizada, principalmente cuando indica que: “La mayoría de las veces, por no decir siempre, existen vías procedimentales eficaces”.

Dentro de ese contexto y citando nuevamente al Dr. Mesía, el “amparo solo protege derechos constitucionales. (...) El propósito es que el amparo sea utilizado en sus exactos contornos, sin distorsionarlo. Que el derecho constitucional sea verdaderamente la esfera subjetiva afectada gravemente, sin posibilidad de reparación en la vía ordinaria y que no sirva como pretexto para invocar la protección de un derecho que tiene su origen en la ley y no en la Constitución”.

Estas premisas resultan particularmente aplicables a casos como el que comentamos, donde nadie discute que exista el derecho; sin embargo, bajo el ámbito

extremadamente amplio y genérico del Derecho al Trabajo, se vacía de contenido normas legales que regulan las prestaciones laborales así como los procesos judiciales en materia de trabajo.

Como corolario de la posición esgrimida en este análisis, queremos quedarnos con lo manifestado por el Dr. Wilfredo Sanguinetti Raymond, quien señala que: "El peligro de convertir por ésta vía indirecta en residual la regulación legal, transformando una figura excepcional como es la del despido arbitrario de efectos restitutorios y no meramente reparadores en la regla, es evidente y debería ser prontamente conjurado por el Tribunal Constitucional".

CONCLUSIONES

- No se puede determinar, de manera clara, si se ha configurado la causal de falta grave alegada por el empleador.

Consideramos que este tipo de pretensiones deben ser analizadas dentro del proceso judicial natural, vale decir, en un proceso ordinario laboral, no siendo competencia de los jueces constitucionales, vía procesos de amparo.

De manera reiterada, el Tribunal Constitucional se aparta de sus precedentes vinculantes, sin causa aparente.

Resulta indispensable que se determine de manera específica el ámbito de aplicación del Derecho al Trabajo, desde el punto de vista constitucional, a efectos de establecer si continuamos con procesos laborales por despido injustificado o si es necesario revisar nuestras disposiciones legales, a fin de que las causas laborales que versen sobre materia de despido sean vistas de manera exclusiva, en sede constitucional, de tal forma que se cumpla la norma relativa a la prohibición de vías paralelas para resolver un mismo tipo de conflicto.

El artículo 139 del Reglamento de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece que el Tribunal Constitucional es el órgano encargado de interpretar la Constitución y de resolver los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y entre los Estados y el Gobierno Federal. En consecuencia, el Tribunal Constitucional no es competente para resolver los conflictos de competencia entre los jueces laborales y los jueces ordinarios, ya que se trata de conflictos de competencia entre órganos del Poder Judicial de la Federación.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que el Derecho al Trabajo es un derecho fundamental que debe ser protegido por el Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha señalado que el Derecho al Trabajo no es un derecho absoluto, sino que está sujeto a limitaciones. En consecuencia, el Tribunal Constitucional no es competente para resolver los conflictos de competencia entre los jueces laborales y los jueces ordinarios, ya que se trata de conflictos de competencia entre órganos del Poder Judicial de la Federación.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que el Derecho al Trabajo es un derecho fundamental que debe ser protegido por el Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha señalado que el Derecho al Trabajo no es un derecho absoluto, sino que está sujeto a limitaciones. En consecuencia, el Tribunal Constitucional no es competente para resolver los conflictos de competencia entre los jueces laborales y los jueces ordinarios, ya que se trata de conflictos de competencia entre órganos del Poder Judicial de la Federación.

9 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 126.



SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

**Libro Homenaje a
MARIO PASCO
COSMÓPOLIS**

EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

El primer paso a la formalización laboral del Estado

LUIGINO PILOTTO CARREÑO⁽¹⁾

Para comenzar, debo manifestar que no es mi intención hacer un análisis pormenorizado de lo que es el régimen del Contrato Administrativo de Servicios, pues este ha sido desarrollado en extenso, dentro de la comparativamente corta vida del mismo. Simplemente, mi meta es bastante más modesta, al buscar explicar cómo evolucionó dentro de nuestro ordenamiento, el tratamiento legislativo otorgado a un grupo de personas que ha brindado sus servicios al Estado peruano y cómo el criterio de un gran profesor en Derecho del Trabajo, a mi entender, comenzó un cambio que era indispensable, dentro del sistema laboral.

Antes de la dación de la Ley N° 30057, Ley de Servicio Civil, un primer paso a la formalización laboral del Estado peruano, se dio con la aprobación del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios, hoy llamado simplemente CAS. Como es conocido por todos, con antelación a este acto, el Estado, tal vez con la finalidad de aparecer más pequeño de lo que era y dar la apariencia de reducir la abultada “burocracia” generada por distintos criterios poco técnicos, incentivó el uso de los contratos denominados contratos de “Servicios No Personales” o SNP.

Pero ¿qué era este contrato? Fue a través del Decreto Supremo N° 065-85-PCM, Reglamento Único de Adquisiciones y Suministro de Bienes y Servicios

(1) Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidente de la Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil. Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad San Ignacio de Loyola, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad ESAN. Actualmente, jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos

No Personales del Estado, por el que se creó, de manera excepcional, una vía por la cual el Estado podía contratar a personas para que realicen labores dependientes, utilizando la figura de la locación de servicios. Inclusive, este contrato fue definido por la Resolución Directoral N° 007-99-EF-76.01, que aprobó el Glosario de Términos del Sistema de Gestión Presupuestaria del Estado, definiéndolo como aquel en el cual “(...) el locador de servicios se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución, sin que medie vínculo laboral. En el Sector Público dicho contrato se denomina contrato de servicios no personales”.

Según la fuente del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), a diciembre de 2004, el total de la planilla del Estado ascendía a 1'372,742 personas (servidores, pensionistas titulares y sobrevivientes), de los cuales, 61,357 (4 %) se encontraban contratados bajo el régimen de Servicios no Personales.

Inclusive, diversas entidades del Estado, a través de normas internas, determinaban que los SNP, debían cumplir con el horario de trabajo, realizar las prestaciones que se les indicasen utilizando los medios que para tal fin se le otorgaban. Es decir, en la práctica, nos encontrábamos ante verdaderos trabajadores, solamente que precarios, pues no gozaban de ninguno de los derechos laborales que la legislación otorgaba, por lo que carecían por completo de cualquier tipo de protección.

Diversa jurisprudencia se encargó de enderezar este entuerto, al señalar que este sistema era utilizado por el Estado para aparentar una supuesta relación contractual de tipo civil, cuando en esencia nos encontrábamos ante relaciones laborales escondidas.

Fue el Poder Judicial, el que aplicando el principio de Primacía de la Realidad, trató de enderezar las cosas, determinando, de manera expresa, que, en caso de duda entre lo que se establece en los documentos y lo que ocurre en la realidad, debemos preferir a esta última. Ya en el año 2000, a través de un Pleno Jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia determinaba que:

“EL PLENO ACUERDA:

PRIMERO. Si el juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan.

SEGUNDO. De darse el supuesto anterior, consentida o ejecutoriada que sea la sentencia, el Juzgado deberá poner en conocimiento de las instituciones que correspondan o entidades del Estado que tengan a su cargo la administración y o fiscalización de las contribuciones y aportaciones sociales, para los efectos pertinentes”.

Esta posición se vio reforzada por diversas sentencias tanto del mismo Poder Judicial, como del Tribunal Constitucional que, en años posteriores, reafirmaron este principio. Este último, en la sentencia recaída en el Exp. N° 1944-2002-AA/TC, en su tercer fundamento, señalaba que:

“(…) 3. En el caso autos, es aplicable el principio de primacía de la realidad, que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En tal sentido, del contenido de los contratos referidos se advierte que existía una relación laboral entre el demandante y la demandada de las características señaladas en el fundamento precedente; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual, como lo manifiesta la demandada”.

Igual criterio lo encontramos en las sentencias recaídas en los Exps N°s 2142-2003-AA/TC⁽²⁾ y 03710-2005-PA/TC⁽³⁾, las cuales también reconocen que el principio de primacía de la realidad, se encuentra implícito dentro de nuestro ordenamiento y, por lo tanto, en caso de existir discrepancias entre la documentación que se presenta y los hechos, primarán siempre estos últimos.

Estas sentencias revelaban un contexto por demás contrario a la esencia del Derecho del trabajo, el cual busca proteger los derechos de los trabajadores, al ser la parte más débil de la relación laboral. Siendo el Estado el llamado a defender dichos derechos, era **este el que imponía situaciones** contrarias al mismo, obligando a diversos trabajadores a brindar sus servicios al mismo Estado, en condiciones de subempleo y de discriminación. Es decir, estas personas no gozaban

-
- (2) “2. Conforme se desprende de las resoluciones expedidas por la Dirección Nacional del Instituto Nacional de Cultura y de los contratos de servicios no personales, obrantes de fojas 44 y 69 a 114 de autos, el recurrente laboró en forma ininterrumpida por más de un año, y desarrolló labores de naturaleza permanente en las áreas de limpieza y vigilancia del Museo Regional de Ica, adquiriendo la protección que establece el artículo 1 de la Ley N° 24041”.
- (3) “4. Con relación al principio de primacía de la realidad que, es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Colegiado ha precisado que en mérito de este principio “(…) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (f. j. 3 de la STC Exp. N° 1944-2002-AA/TC)”.

de ningún derecho laboral y tampoco podían percibir los beneficios previsionales que se les debían otorgar, por dicha prestación. No solo no tenían protección de los sistemas de inspección de trabajo, sino que no contaban con cobertura de salud, ni tampoco aportaban a un sistema pensionario, hecho que, evidentemente, los llevaba hacia un futuro incierto al momento que tuvieran la edad para gozar de una pensión.

Es en ese momento, que, en el año 2008, el doctor Mario Pasco Cosmópolis, en su calidad de ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, impulsa la dación del Decreto Legislativo N° 1057, el primer paso en la dirección correcta para corregir esa distorsión que tanto daño generó a diversas personas durante más de dos **décadas**. Cuando uno lee la exposición de motivos de la mencionada norma, se percata que el Estado ha reconocido la inadecuada utilización de la locación de servicios en las diversas entidades de gobierno como forma de captación de personal, hecho que vulneraba, de manera directa, los derechos fundamentales⁽⁴⁾.

Sin embargo, como toda transición, esta se hizo, y se debe hacer, de manera paulatina. En un primer momento, este contrato administrativo de servicios tampoco tenía la naturaleza laboral, otorgándosele una categoría de contrato administrativo que no implicaba el reconocimiento de la condición de trabajadores a las personas que se encontraban sujetas a sus regulaciones. La misma exposición de motivos antes citada, señalaba de manera expresa que si bien los contratos de servicios no personales no se encontraban previstos dentro de ninguna categoría jurídica en nuestro ordenamiento, se señalaba que esta nueva forma de contratación era “sui generis”, enmarcada dentro del Derecho Administrativo peruano.

Dentro de este avanzar progresivo, el segundo paso importante en el mismo, se dio con la dación de la sentencia del Tribunal Constitucional, emitida en el Exp. N° 00002-2010-PI/TC, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el Decreto Legislativo N° 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios.

Es en esta sentencia en la que el Tribunal otorga al mencionado régimen dos categorías importantes, determina tanto su constitucionalidad y, por lo tanto, la validez de su aplicación como mecanismo para alcanzar el reconocimiento

(4) “No obstante la contratación de personal para la prestación de servicios al Estado, especialmente en las entidades cuyo régimen laboral es el de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa –Decreto Legislativo N° 276–, se ha venido produciendo en los últimos años a través de la utilización de los contratos denominados de ‘servicios no personales’ y otras formas contractuales cuyo contenido no conlleva el goce efectivo de derechos fundamentales”.

pleno de los derechos laborales a todos los trabajadores del Estado, así como también el otorgamiento de su condición de régimen laboral especial.

Es decir, ya no nos encontrábamos ante personas con un vínculo administrativo con ribetes de contrato civil, como lo fue el CAS en su primera etapa, sino ante un contrato laboral pero con derechos menores a los demás trabajadores del Estado. Esto resulta claro y evidente de los fundamentos 19 y 20 de la referida sentencia, los mismos que definen al CAS como:

“19. Por ello, este Colegiado concluye expresando que el contenido del contrato regulado en la norma impugnada tiene las características de un contrato de trabajo y no de un contrato administrativo, en la medida en que prevé aspectos tales como la determinación de la jornada de trabajo (que implica incluso determinar el horario de trabajo, pues de lo contrario sería imposible controlar la jornada semanal), así como los descansos semanales y anual. Cabe considerar también que la denominación dada por el legislador a la norma cuestionada resulta, cuando menos, imprecisa, dado que le pretende conferir un significado distinto al contenido que regula.

20. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que –más allá de la denominación dada a los contratos suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo N° 1057, al pretender considerarlos como contratos administrativos de servicios–, los contratos suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo N° 1057 son de naturaleza laboral. En todo caso, lo que corresponde determinar, ahora, es si estos contratos están vinculados a un régimen laboral preexistente o si se trata de uno nuevo”.

Al ser este un nuevo régimen laboral, privativo solamente para su aplicación dentro de entidades del Estado, nos encontramos ante la posibilidad de su coexistencia con otros ya existentes y utilizados también por las instituciones de gobierno, como son el régimen laboral de la actividad pública, regido por las disposiciones del Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, así como el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR.

Si bien es cierto, existen posiciones que consideran que debe protegerse a ultranza los derechos laborales de las personas comprendidas dentro del régimen CAS, por lo que su actual regulación resulta negativa para ellos y para el mismo

Estado, pues no solamente incrementa la cantidad de sistemas laborales que son aplicables dentro del mismo (recuerden que dentro del Estado existen otros regímenes especiales como el diplomático, el magisterial, el del Poder Judicial y el de los fiscales del Ministerio Público, entre otros muchos más) sino que también genera dentro de una misma Entidad, tratamientos laborales diferenciados por trabajos similares o de similar valor, contradiciendo así el principio de no discriminación contenido dentro de nuestra Constitución así como en el Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a igualdad de remuneraciones, entre otras tantas disposiciones.

Todo ello puede ser cierto, pero vale preguntarse: ¿qué hubiera sucedido si no se contase con este sistema?; ¿continuaría aplicándose de manera irrestricta la contratación por servicios no personales, la cual no otorgaba ningún tipo de beneficio a los reales trabajadores? Bueno, creo que ciertamente, esta era la opción más real, por las siguientes consideraciones:

1. Para cubrir una plaza dentro del Estado, se requiere que esta se encuentre presupuestada y vacante, lo cual implica que exista. Mientras no se termine la migración hacia la Ley del Servicio Civil, tal aseveración implica que, para poder contratar personal, el puesto debe estar comprendido dentro del Cuadro de Asignación de Personal - CAP aprobado, el cual, por regla casi general (con excepción de los organismos constitucionalmente autónomos), para su modificación, requerían de informes previos de diversas instancias que podían tener injerencia en el mismo. Hoy por hoy, nos encontramos en un limbo particular, en el cual se aplica a unos pocos organismos del Estado, la posibilidad de aprobar un CAP provisional, dado que a la fecha, ya no es factible aprobar uno definitivo, al haber sido derogado el Decreto Supremo N° 043-2004-PCM, por el reglamento de la Ley del Servicio Civil, aprobada por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM⁽⁵⁾.
2. El Estado sigue creciendo y cambiando, pues asume roles que antes no cumplía, sea a través de la creación de nuevas entidades (ministerios como los del Ambiente, el de Inclusión Social, entre

(5) DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA
ÚNICA.- Derogaciones

(...)

e) Derógase el Decreto Supremo N° 043-2004-PCM - Normas para la formulación del Cuadro para la asignación de Personal - CAP.

otros; entidades como el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), programas como Pensión 65, Qali Warma, Cuna Más, entre otras), sea por la asunción de mayores controles en entidades ya creadas como la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria o la Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, por poner algunos ejemplos; los cuales, como resulta lógico, requieren de personal nuevo que permita cubrir esas nuevas o mayores necesidades.

3. Todos los años, en la Ley de Presupuesto para el Sector Público, siempre se incluye un artículo que prohíbe no solamente el incremento de las remuneraciones de los trabajadores del Estado sino también el ingreso de personal nuevo⁽⁶⁾.

En tal sentido, si tengo mayores obligaciones, mayor cobertura, quiero brindar un mejor servicio pero mi personal está al límite de sus facultades, ¿Qué me queda por hacer, dado que, legalmente, desde el punto de vista laboral ordinario, no puedo seguir captando más personal?, creo que la respuesta cae de madura, pues resulta por demás lógico que debo, por cualquier medio, contar con más personal, si deseo llegar a las metas que me he propuesto.

Claro, en algunos casos, nos encontraremos con entidades ineficientes que requieren, aparentemente, de más personal, pues no saben utilizar de manera adecuada sus recursos humanos o a estos, simplemente no les interesa brindar un mejor servicio, dado que dentro de su círculo de confort, igual percibirán su remuneración y al Estado le resultará bastante difícil el desprenderse de ellos, dada la alta protección con que cuentan ante el despido, por lo que, por unos cuantos, la fama inadecuada de “burócratas”, caerá sobre todos aquellos que brindamos servicios dentro de las entidades en general.

Regresando a la evolución del régimen CAS y siguiendo el camino hacia la aplicación de un solo sistema laboral para todo el Estado peruano, el siguiente paso dado fue la dación de la Ley N° 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo N° 1057 y otorga derechos laborales.

(6) Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015
Ley N° 30281
Artículo 8. Medidas en materia de personal
8.1 Prohíbese el ingreso de personal en el sector público por servicios personales y el nombramiento...

Al momento de su discusión en el Congreso, se solicitaron opiniones de diversas personales, naturales y jurídicas, las cuales expresaron posiciones muy similares a las que hoy nos permitimos plantear. Así por ejemplo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante Oficio N° 0117-2011-MTPE/1.1, remite el Informe N° 939-2011-MTPE/4/8, de la Oficina General de Asesoría Jurídica, el cual concluye que si bien los que formularon el proyecto de ley están de acuerdo con que existe un tratamiento discriminatorio, el cual debe ser eliminado en plazos breves, a través de una reforma del régimen laboral aplicable al sector público nacional, la aprobación del entonces proyecto de ley, era un avance en la dirección correcta.

Igual criterio esboza la Defensoría del Pueblo cuando emite su opinión sobre el referido proyecto de ley (hoy Ley N° 29849), a través del Informe N DP/AAE-2009-022, el cual recata como positivo, el reconocimiento de derechos laborales para el personal sujeto al CAS, pero también señala la necesidad de realizar cambios de manera progresiva, para lo cual sugiere la aprobación de un cronograma.

Asimismo, los doctores César Gonzales Hunt, Pedro Morales Corrales y Javier Neves Mujica, en su calidad de miembros del Comité Consultivo de la Comisión de Trabajo, concluyeron que es un avance respecto del tratamiento otorgado previamente, pero no es la situación ideal, por lo que se debe pensar en la aprobación de un régimen laboral único para el Estado peruano, que elimine estas distorsiones para los trabajadores que le prestan servicios.

Por las consideraciones antes indicadas, el régimen CAS, siguió creciendo. Si recordamos, el MEF, en el año 2004, determinaba que el total de la planilla del Estado ascendía a 1'372,742 personas (servidores, pensionistas titulares y sobrevivientes), de los cuales, 61,357 eran SNP, en el 2011, fecha de aprobación de esta Ley, del total de la planilla del Estado (1'570,434 personas), 84,238, se encontraban bajo el régimen CAS, es decir, un incremento de 37.29 % en un periodo de siete años.

En el año 2012, el entonces ministro de Trabajo, José Villena, señalaba al diario *El Comercio* que no había una cifra oficial **de trabajadores públicos, por lo que se desconocía su número total**. Sin embargo, manifestaba que, según sus cálculos, habría un millón 300 mil servidores en los gobiernos nacional y regionales, de los cuales el 46 % estaba en el régimen CAS, 35 % en el régimen del Decreto Legislativo N° 276 y 19 % en el del Decreto Legislativo N° 728⁽⁷⁾.

(7) Diario *El Comercio* Sección Portafolio. Miércoles 18 de enero de 2012.

Esta última estadística, aunque algo imprecisa, me permite concluir que bajo el CAS estaban a esa fecha, cuando menos unas 500,000 personas aproximadamente, a nivel nacional; cifra nada pequeña y que debe, necesariamente, ser llevada hacia un régimen de mayor protección y reconocimiento de sus beneficios laborales. Consideramos que ese camino se está llevando a cabo, de manera lenta pero continua.

Es cierto, no es la mejor de las soluciones, no podemos decir que hemos llegado a la meta, pero lo que debemos considerar es que hemos avanzado bastante, en relativamente corto tiempo, desde la situación preliminar, presentada hasta el año 2008, con aquella que se generó a partir de la dación del Decreto Legislativo N° 1057, norma que rompió con más de 20 años de un tratamiento inadecuado, por decir lo mínimo, de un grupo importante de personas que brindaban sus servicios al Estado. Es decir, los antiguos SNP, en siete años, lograron más beneficios que en los veinte años anteriores. Ciertamente, debemos reconocer que es un avance.

Considero que, la entrada en vigencia de la Ley de Servicio Civil, con todos los argumentos a favor y en contra que se están plasmando, significará un paso muy grande para esas personas que no tenían beneficio alguno y que, cuando ingresen a ese nuevo sistema laboral, habrán concluido un largo sendero que abre para ellos o para las personas que quieran trabajar en el Estado, un nuevo destino, marcado por el reconocimiento real de sus derechos laborales.

Todo este andar se lo debemos a alguien que dio ese primer y difícil paso cuando tuvo la capacidad de hacerlo, quien poseyó el coraje necesario para darlo y enfrentarse a críticas, internas y externas, es decir, de dentro y de fuera del Gobierno, quien, como laboralista que fue, debió realizar concesiones para comenzar a caminar por este sendero que hoy comentamos y que conduce a los antiguos SNP, hoy CAS, hacia el reconocimiento total de esos beneficios laborales tan anhelados. Nos referimos a nuestro siempre presente amigo y maestro, el doctor Mario Pasco Cosmópolis.

REVISTA JURIDICA
MAGISTRI ET DOCTORES



Francisco Romero Montes
DIRECTOR

Jesús Mori Condori
SECRETARIO

Raúl Pariona Arana
COORDINADOR

Año VIII, Nº 02

Lima, Diciembre del 2002

RELACIONES LABORALES OCULTAS

*Luigino Pilotto Carreño**

A propósito de la nueva Ley de Inspección de Trabajo y Defensa del Trabajador, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 910, ha salido a la luz, de manera indirecta, un secreto que era conocido por todos y que, sin embargo, nadie se atrevía a analizar. Nos referimos a las relaciones laborales ocultas, veladas, escondidas o en negro, como se las quiera llamar.

Este tipo de relaciones de trabajo se caracterizan por los siguientes factores:

- a. La persona contratada tiene todas las obligaciones de un trabajador de planta pero, sin embargo, no goza de los derechos que éste posee.
- e. El empleador, al contratar de esta manera, reduce los costos de mano de obra dentro de su empresa. Si bien esta situación repercute en un menor costo de los productos finales, lo que a su vez, genera una ampliación de su mercado, generando así un mayor ingreso y, con ello, un posible crecimiento de la industria y el consecuente incremento de los niveles de ocupación, también es cierto que genera niveles muy grandes de explotación y de pobreza, ampliando las diferencias económicas existentes entre los distintos sectores de la población.

Los principales sustentos que existe para la aparición y uso de este tipo de sistema son, por el lado de la Empresa, la necesidad de reducir costos ante un mercado mundial más competitivo y uno local en recesión, así como la incapacidad de las mismas de llegar a contar con sistemas que permitan un incremento de producción y de productividad, sea por la falta de capital de inversión para adquirir maquinarias más modernas, como la carencia de un interés o falta de fondos, para capacitar al personal que trabaja dentro de la Empresa.

* PILOTTTO CARREÑO Luigino, Profesor del Curso de Derecho Procesal del Trabajo en la Unidad de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en la UNNISM.

Por parte de los trabajadores, el factor primordial que ha servido para aceptar esta forma de contrato está ligado a la poca absorción de la mano de obra que tiene el mercado laboral peruano, lo cual repercute en que una persona deba aceptar lo que se le presenta y dar gracias por haberlo encontrado.

Finalmente, por parte del Estado, al haber demostrado su falta de capacidad para controlar situaciones como la presente, habiendo dejado de lado su función de control sobre los actores del mercado laboral.

Esta conjunción de factores han generado que situaciones como las que vamos a pasar a comentar, se hayan presentado con cierta continuidad.

Las personas sujetas a este tipo de sistema de simulación, normalmente se encuentran vinculadas a la empresa a través de los siguientes tipos de relaciones:

1. RELACIONES SUSTENTADAS EN CONTRATOS CIVILES

Esta se realiza a través de los contratos de locación de servicios, bajo los cuales se trata de simular una relación no sujeta al ámbito laboral.

La persona que presta sus servicios percibe solamente una retribución, denominada normalmente honorarios profesionales, la misma que, como es lógico suponer, no se encuentra sujeta al pago de ninguna de las cargas sociales propias de la relación de trabajo.

Sin embargo, el contratado no pierde las obligaciones propias de un vínculo laboral. Esto implica que deba cumplir las órdenes que emanen de sus "jefes" inmediatos dentro de la Empresa, realizando su prestación bajo una relación de dependencia.

Cualquiera pensaría que el Sector Privado, abusando de una posición de dominio y la inacción demostrada por el Estado para frenar esta práctica, sumado a la evidente falta de trabajo y la consecuente necesidad de las personas para llevar un sustento a sus hogares, ha impuesto este tipo de sistema de contratación.

Sin embargo, lo que más extrañeza causa es que el Estado, independientemente de su responsabilidad por su inacción, sea quien fomente este tipo de contratación. Decimos esto pues, en las Entidades Públicas es práctica normal el contratar a personal bajo el sistema de Locación de Servicios, a través de los denominados contratos de "Servicios No Personales" o SNP.

Si tenemos en consideración que la Población Económicamente Activa es de 11 945 226 personas, al tercer trimestre del año 1999, del cual solamente el 42.5% se encuentra "adecuadamente empleado", vale decir 5 071 721 personas, podemos comprobar la necesidad de trabajo existente dentro de nuestro País. Cabe precisar que en este rubro se incluye a quienes prestan servicios independientes, de acuerdo con las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

Según los resultados de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública Central, la cual determinó que no se cuenta con datos confiables y que también indica que no tuvo acceso a toda la información de las diversas Entidades del Estado, determinó que de la base analizada, 616 200 personas se encuentran laborando para la Administración Pública Central, de las cuales 59 900 se están sujetas al régimen de SNP, vale decir, el 9.70% del total analizado.

Por ello, podemos concluir que el Estado, a más de no ejercer adecuadamente su función de control, en su calidad de evasor del cumplimiento de las leyes laborales, tiene una responsabilidad muy grande, pues no solamente elude su cumplimiento, sino que también pierde autoridad moral para imponer sanciones a los privados, cuando en casa propia no pone orden.

En un momento dado, se llegó al absurdo de tener a los inspectores de trabajo bajo el régimen de locación de servicios. Es decir, quienes directamente debían controlar el cumplimiento de las leyes y normas laborales eran, a su vez, sujetos pasivos de las transgresiones de las mismas normas cuya ejecución supervisaban.

Como ya se mencionó con anterioridad, estos trabajadores no gozan de derechos laborales. Para ellos no existen vacaciones, gratificaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por despido injustificado y mucho menos, aportaciones a los sistemas previsionales, públicos o privados o seguridad social, sea ante el Seguro Social de Salud – ESSALUD o las Entidades Prestadoras de Salud – EPS.

Sin embargo, se les exige el cumplimiento de un horario de ingreso más no de salida, llegando inclusive a controlar su asistencia al centro de trabajo, reciben y ejecutan órdenes al momento de desarrollar sus funciones y, en algunos casos, hasta tienen facultades de representación de la Empresa o Entidad en la que laboran.

Es, en pocas palabras, mano de obra barata, que importa para quien la contrata, un ahorro y una ganancia sustancial, pues trabaja igual que los demás pero cuesta menos.

2. RELACIONES CON EMPRESAS DE SERVICIOS

Esta nueva modalidad de prestación de servicios, si bien en principio buscaba cubrir puestos de la empresa que podían ser tercerizados u ocupados temporalmente, ha devenido en la práctica, en otra forma de evitar una relación laboral directa, con la consecuente reducción de costos para la empresa.

Bajo este sistema se están contratando a personas que prestan servicios de naturaleza permanente, por plazos indeterminados, para que cumplan funciones iguales o similares a la de los trabajadores de planta. Sin embargo, no gozan de los beneficios que a éstos se le otorgan.

Si bien, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso a) del artículo 115º del Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, se determina que los trabajadores destacados realizan las labores de un puesto de carácter permanente cuando éste, transitoriamente, ha quedado vacante o cuando puestos no permanentes son creados por los usuarios para satisfacer necesidades temporales, también es cierto que esa temporalidad se ha convertido en permanencia.

Se ha llegado a casos en que, habiendo concluido la relación contractual existente con la Empresa Usuaria y la Empresa de Servicios o Cooperativa de Trabajo, se ha cambiado a un nuevo service. Sin embargo, la mayoría de los trabajadores destacados siguen siendo los mismos dentro de la Empresa Usuaria. En tales supuestos, consideramos que existe una evidente simulación que debería ser corregida.

Como se ha indicado previamente, de esta forma se tiene a un trabajador sin los derechos que posee uno de la Empresa, con la posibilidad de solicitar la anulación del destaque en cualquier momento y con muy escasas posibilidades de solicitar el pago de una indemnización por despido injustificado.

Pero, nace la pregunta, si el trabajador destacado tiene todos los derechos laborales al tener justamente la condición de trabajador ¿Qué gana el empleador desde el punto de vista económico?. Bueno, la respuesta no puede ser más obvia. La remuneración no debe ser igual a la del trabajador de planta, por lo que no se le debe pagarle al service por esa plaza un importe similar como el que perciben los trabajadores que laboran dentro de la Empresa.

Asimismo, todos aquellos beneficios otorgados a través de la suscripción de convenios colectivos, no les resultan de aplicación. Esto presupone una reducción de mis costos laborales, los cuales pueden llegar a ser significativos, dependiendo del número de personas involucradas.

Sin embargo, no podemos dejar de considerar que, inclusive de esta manera, los trabajadores destacados se encuentran en una mejor situación que aquellos contratados por locación de servicios.

En este campo el Estado también ha participado, en su calidad de empleador. Sin embargo, no existen estadísticas sobre la proporción de los mismos dentro del total de trabajadores que laboran para la Administración Pública Central.

3. RELACIONES DE TRABAJO A HORARIO REDUCIDO

En este rubro se analizarán casos de trabajadores que prestan servicios fuera de su jornada "ordinaria" de trabajo pero que no perciben la remuneración correspondiente. No nos estamos refiriendo al pago de las horas extras, sino a los casos en que las Empresas incluyan dentro de sus planillas a trabajadores que supuestamente realizan jornadas inferiores a cuatro horas diarias.

Decimos supuestamente pues en la realidad, la labor es prestada en una jornada ordinaria de ocho horas, como cualquier otro trabajador.

En este caso se vulneran diversos derechos laborales, pues al no cumplir con una jornada superior a las cuatro horas, los trabajadores pierden ciertos beneficios.

Uno de los requisitos para gozar de estos derechos perdidos, es justamente el laborar por lo menos cuatro horas diarias, tal como lo determina el artículo 11° del Decreto Supremo N° 01-96-TR. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a las vacaciones anuales, las cuales, de acuerdo con lo previsto por el artículo 11° del Decreto Supremo N° 12-92-TR, Reglamento de la Ley sobre Descansos Remunerados, requieren de una prestación mínima diaria de cuatro horas.

Lo mismo sucede con la compensación por tiempo de servicios, la cual, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4° del texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650, aprobado por Decreto Supremo N° 01-97-TR, requiere igualmente de cuatro horas de labor.

Dentro de este mismo caso se encuentra la Remuneración Mínima Vital, la cual determina que, en el caso de no laborar cuatro horas diarias, deberá ser cancelada de manera proporcional al tiempo de servicios brindado.

Solamente del desconocimiento de estos derechos, generados como consecuencia de una simulación del término real de la jornada de trabajos, se obtiene una reducción considerable de cargas sociales que repercuten, de manera directa, en los costos de la

Empresa, así como en los demás beneficios que tienen como base de determinación, la remuneración que perciba el trabajador.

Por poner un ejemplo, el importe que corresponde cancelar por concepto de aportaciones a los Sistemas Previsionales, sea dentro del Sistema Nacional de Pensiones que dentro del Privado, se ve disminuido toda vez que la base de cálculo es inferior a la que, en la realidad, corresponde.

4. RELACIONES DE TRABAJO BAJO LA MODALIDAD DE CONVENIOS DE CAPACITACIÓN PARA EL TRABAJO

Otra modalidad muy utilizada para esconder una relación laboral, es aquella que utiliza las diversas formas de capacitación para el trabajo. Por ejemplo: suscribo convenios para contar con cajas para mi supermercado bajo la figura de la formación laboral juvenil.

La prestación que se brinda tiene todas las características de una relación de trabajo, incluido en factor primordial, cual es el vínculo de dependencia. Sin embargo, bajo el pretexto de encontrarse dentro de este sistema, no se cancelan ninguno de los beneficios laborales que corresponde pagar por una prestación realizada de manera dependiente.

Inclusive, se da el caso que se suscriben convenios bajo el pretexto de efectuar prácticas pre - profesionales, utilizando los servicios de estudiantes universitarios pero, en vez de cumplir con funciones propias de los estudios que cursan, se les solicita la prestación de labores de tipo secretarial o de mensajería.

Estas formas de simulación han sido tratadas dentro del artículo 7º del Decreto Supremo N° 011-2001-TR, el cual determina que, de darse estos supuestos, se estaría desnaturalizando el Convenio suscrito y, por lo tanto, se debe proceder a incorporar a los jóvenes que se encuentren bajo este régimen, en calidad de trabajadores de la Empresa.

Consideramos que el control del cumplimiento de estas normas será también parte de las funciones que deberán cumplir los inspectores de trabajo.

Ahora bien, ¿Por qué consideramos a estas modalidades como formas de contratación veladas? Simplemente, porque a través de ellas se elude la aplicación de todos o de parte de los beneficio laborales que a un trabajador le debería corresponder.

Vale decir que, a pesar de percibir una remuneración, el trabajador deja de encontrarse adecuadamente empleado, engrosando así el número de personas que laboran bajo el estigma del subempleo.

A fin de reforzar esta idea, debemos recordar que el concepto de subempleo no solamente engloba a aquellos que, estando capacitados para realizar una función, deben ejercitar otra distinta, como es el caso del abogado que debe trabajar como taxista o del ingeniero que debe fungir de obrero.

Este concepto incluye también a aquellas personas que, desempeñando las funciones que le corresponden, de acuerdo a sus conocimientos, no gozan de todos los derechos que la legislación laboral les otorga ni tampoco de la protección efectiva que el Estado debe brindar.

Es aquí donde la Ley General de Inspección de Trabajo y Defensa del Trabajador cumple un papel de particular importancia.

El inciso a) del artículo 5º del Decreto Legislativo N° 910 establece que el inspector de trabajo debe verificar el cumplimiento de las normas laborales de cualquier rango o nivel.

En tal sentido, podrá comprobar el cumplimiento de dichas disposiciones, ingresando a los centros de trabajo o a los lugares donde éste sea brindado, pudiendo inclusive, interrogar a personas, se encuentren o no directamente vinculados con los hechos.

Resulta de particular interés el tratamiento otorgado por el inciso f) del mencionado artículo 5º, a la aplicación del principio de primacía de la realidad, en el cual se privilegiarán los hechos vinculados al trabajo sobre los actos formales bajo los cuales se brinden. En tal sentido, situaciones como las descritas, podrán ser detectadas y suprimidas.

Sin embargo, la aplicación de este principio se ve limitado por lo dispuesto por el artículo 9º del Decreto Supremo N° 020-2001 -TR, lo cual podría generar en el futuro que las situaciones mencionadas dentro del presente análisis, deriven nuevamente en una desprotección del trabajador y en la aplicación de algún tipo de medida contra aquel que desee defender sus derechos conculcados.

Resulta lógico que, con la finalidad de evitar posible abusos de las facultades conferidas a los inspectores de trabajo, se establezcan límites a las mismas. Sin embargo, sería conveniente que se adopten medidas para proteger al trabajador que reclama. Asimismo, de comprobarse situaciones como las descritas, es necesario que la Autoridad Administrativa de Trabajo tenga la posibilidad de rectificarla y no solamente de sancionar a quien incumple los mandatos de las normas laborales.

Si bien es cierto que se puede decir que estas son facultades que solamente posee la autoridad judicial, consideramos que las medidas administrativas que impongan una

solución a esta problemática son tan válidas como lo es la aplicación del principio de primacía de la realidad en todos los demás casos.

Asimismo, debemos recordar que nuestro mercado laboral no se caracteriza por su capacidad de absorción de la mano de obra desocupada, por lo que, la pérdida del trabajo genera un problema de considerables proporciones para quien es despedido, el mismo que se incrementa de acuerdo con la edad que tenga la persona.

No propugnamos que exista una Autoridad Administrativa de Trabajo con un poder omnipotente, sino que se busque una solución rápida, efectiva y correcta, en la cual se cumplan con otorgar los derechos laborales que le corresponda a cada trabajador.

De esta forma se logrará evitar que se configure un abuso de posición de dominio y que se respete el marco legal vigente. En este sentido, consideramos que el mismo Estado Peruano debe dar el ejemplo necesario, demostrando con los hechos aquellos principios contenidos en las normas legales que el mismo dicta. Esperemos que las regulaciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 910 no queden en letra muerta y que sean aplicadas tanto para casos propios como para aquellos del sector privado.

**COMPARATIVE LABOR LAW DOSSIER
WORKING TIME AND FLEXIBILITY**

Abstract

The Comparative Labor Law Dossier (CLLD) in this issue 1/2016 of IUSLabor is dedicated to working time and flexibility. Aside from Spain, we have had the collaboration of internationally renowned academics and professionals of the following countries: Belgium, France, Greece, Italy, Luxembourg, the United Kingdom, Argentina, Brazil, Chile, Costa Rica, Dominican Republic, Mexico, Peru, Uruguay, Canada and the United States.

El Comparative Labor Law Dossier (CLLD) de este número 1/2016 de IUSLabor está dedicado a tiempo de trabajo y flexibilidad. Además de España, hemos obtenido la participación de académicos y profesionales de prestigio de los siguientes países: Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Reino Unido, Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, México, Perú, República Dominicana, Uruguay, Canadá y Estados Unidos.

Título: Comparative Labor Law Dossier. Tiempo de trabajo y flexibilidad

Keywords: working time, flexibility, maximum working hours, rest periods, work-life balance, zero hour contract

Palabras clave: tiempo de trabajo, flexibilidad, jornada laboral máxima, períodos de descanso, conciliación de la vida laboral, familiar y personal, contrato de cero horas.

IUSLabor 2/2015, p. 1-167, ISSN 1699-2938

Summary

- 1. Working time and flexibility in Belgium, by Sarah De Groof**
- 2. Working time and flexibility in France, by Maxime Brouard and Francis Kessler**
- 3. Working time and flexibility in Greece, by Evangelos Angelopoulos and Panagiotis Boumpoucheropoulos**
- 4. Working time and flexibility in Italy, by Vincenzo Ferrante**
- 5. Working time and flexibility in Luxembourg, by Christian Déprez**
- 6. Working time and flexibility in Spain, by Anna Ginès i Fabrellas and Manuel Luque Parra**
- 7. Working time and flexibility in the United Kingdom, by Mark Butler**
- 8. Tiempo de trabajo y flexibilidad en Argentina, by Pablo Arnaldo Topet**

9. **Tiempo de trabajo y flexibilidad en Brasil, by Eduardo Pragmácio Filho**
10. **Tiempo de trabajo y flexibilidad en Chile, by Francisco Tapia Guerrero and Carmen Elena Domínguez**
11. **Tiempo de trabajo y flexibilidad en Costa Rica, by Isabel C. Jaramillo Arango and Alexander Godínez Vargas**
12. **Tiempo de trabajo y flexibilidad en México, by Alfredo Sánchez Castañeda**
13. **Tiempo de trabajo y flexibilidad en el Perú, by Carlos Jiménez Silva and Luigino Pilotto Carreño**
14. **Tiempo de trabajo y flexibilidad en República Dominicana, by Javier A. Suárez A.**
15. **Tiempo de trabajo y flexibilidad en Uruguay, by Mario Garmendia Arigón**
16. **Working time and flexibility in Canada, by Eric Tucker and Leah F. Vosko**
17. **Working time and flexibility in the United States of America, by Thomas C. Kohler**

TIEMPO DE TRABAJO Y FLEXIBILIDAD EN EL PERÚ

Carlos Jiménez Silva⁶³

Abogado. Docente de las Maestrías de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de las universidades UNMSM, USMP, UNPRG y UNT

Luigino Pilotto Carreño⁶⁴

Abogado. Docente de Derecho del Trabajo de las universidades USIL y UPC.

Introducción

A través del presente artículo, buscamos dar un bosquejo muy general de la jornada de trabajo en el Perú, dentro de lo que conocemos como el Régimen Laboral de la Actividad Privada, uno de los más importantes dentro de nuestro país. Cabe precisar que existen otros regímenes como el aplicable al sector público y una diversidad muy amplia de otros, a los que se denominan regímenes especiales.

1. ¿La regulación en materia de tiempo de trabajo establece una jornada laboral máxima diaria, semanal y/o anual? En su caso, ¿cuál es esta jornada laboral máxima?

En el Perú, la jornada laboral máxima se encuentra fijada en el artículo 25° de la Constitución Política⁶⁵, norma que establece que ésta es de 8 horas diarias o 48 semanales, es decir, existe un sistema que permite establecer una jornada diaria o una semanal, de manera indistinta, debiendo tenerse como límite superior aquella que determina la jornada semanal, pudiendo existir, por ejemplo, 5 días con 9 horas de labor diaria, es decir, 45 horas semanales.

⁶³ Magister en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la UNMSM.

⁶⁴ Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Università degli Studi di Bologna. Presidente de la Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil. Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

⁶⁵ "Artículo 25.- 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."

2. ¿Cuál es la regulación en materia de descansos diarios, semanales y anuales?

En nuestro país, existe una norma específica que regula los descansos remunerados. El Decreto Legislativo N° 713, norma que consolida la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la Actividad Privada, regula no solamente los descansos semanales, sino también los días declarados feriados así como el derecho a vacaciones, que en el Perú, se extiende por un período de 30 días calendarios, los cuales pueden ser gozados por períodos no inferiores a 7 días consecutivos. No existe regulación sobre descansos diarios.

3. ¿Existen regulaciones especiales de jornada laboral y descansos en atención a determinadas características personales de los trabajadores (por ejemplo, edad) o para determinadas profesiones? Indicar, en su caso, estas jornadas laborales máximas.

Existen jornadas laborales y descansos en función de determinadas características de la persona que presta el servicio para un empleador bajo relación de trabajo. Así tenemos:

- 1) *Trabajadores portuarios*: Aquellas personas naturales inscritas en el Registro de Trabajadores Portuarios del puerto donde van a laborar. Su labor es un trabajo *intuitu personae* y lo efectúan a favor de una persona jurídica con licencia personal e intransferible para operar como empresa de estiba o desestiba o cooperativa de trabajadores de estiba o desestiba de un puerto determinado. El número máximo de horas ordinarias de trabajo que pueden ser prestadas por un trabajador portuario será de 48 horas semanales, sin perjuicio de las horas extras con el correspondiente pago de sobretasa.
- 2) *Trabajadores de actividades relacionadas con la salud*: dentro de esta categoría tenemos, las siguientes jornadas en función de las profesiones:
 - *Médico Cirujano en el Sector Público*: La jornada de este tipo de profesional de la salud será de 6 horas diarias interrumpidas, o su equivalente semanal de 36 horas semanales o 150 horas mensuales, incluyendo esta jornada el trabajo de guardia ordinaria.

Asimismo, en el caso de trabajos de guardia médica que comprende los servicios asistenciales que cumple la unidad de emergencia, este trabajo no tendrá una duración mayor de 12 horas continuas, excepto por necesidad del servicio, en cuyo caso se podrá extender hasta 24 horas, gozando el personal que realiza la guardia el descanso post guardia. Las normas que regulan este régimen de

excepción, son el artículo 9° del Decreto Legislativo N° 559, Ley de Trabajo Médico, y el artículo 15° de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2001-SA.

- *Cirujano dentista*: la jornada máxima del cirujano dentista es de 6 horas diarias o su equivalente semanal de 36 horas o mensual de 150 horas, de acuerdo con el artículo 14° de la Ley N° 27878, Ley de Trabajo del Cirujano Dentista y el artículo 31° de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 016-2005-SA.

Existen otras categorías de profesionales que tienen también una jornada máxima especial de 6 horas diarias o 48 semanales o 150 mensuales (incluyendo la jornada de guardia diurna y nocturna), tales como la obstetriz, artículo 9° de la Ley N° 27853; los técnicos y auxiliares asistenciales de salud artículo 9° de la Ley N° 28561; y las enfermeras, artículo 17° de la Ley N° 27669; en este último caso 36 horas semanales o 150 horas mensuales.

- 3) *Trabajadores chóferes conductores de transporte público de personas*: no deberán manejar vehículos de estas características más de 5 horas continuas en servicio diurno (realizado entre las 6:00 AM y las 9:59 PM) o más de cuatro horas continuas en el servicio nocturno (comprendido entre las 10:00 P.M. y las 5:59 A.M.) La duración acumulada no deberá exceder de 10 horas en un período de 24 horas. Esta jornada se encuentra establecida en el artículo 30 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2009-MTC y modificado por el Decreto Supremo N° 006-2010-MTC.
- 4) *Los trabajadores periodistas*: A diferencia del régimen común que tienen un día de descanso semanal obligatorio, tienen derecho a 48 horas de descanso consecutivo a la semana. Además al igual que el régimen común tienen una jornada máxima de 48 horas (Artículo 1° de la Ley N° 24724, Ley de Jornada Ordinaria de Trabajo para los Periodistas).
- 5) *Trabajadores adolescentes*: la jornada de los trabajadores adolescentes, de acuerdo con los artículos 56° y 57° del Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por Ley N° 27337, no debe exceder de los siguientes parámetros:
 - Para los adolescentes entre 15 y 17 años: 6 horas diarias o 36 semanales
 - Para los adolescentes entre 12 y 14 años: 4 horas diarias o 24 horas semanales.

En caso de trabajo nocturno, sólo podrá realizarse con autorización del juez, para adolescentes mayores de 15 años y por un período no mayor 04 horas diarias. Cualquier otro supuesto queda expresamente prohibido.

4. ¿Están admitidas las horas extraordinarias? En caso afirmativo, ¿cuál es el límite máximo anual de horas extraordinarias? ¿Estas horas se incluyen dentro de la jornada máxima? ¿Cómo se compensan estas horas extraordinarias?

Efectivamente, este supuesto se encuentra regulado en nuestro país por Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, cuyo texto único ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2002-TR. Si bien es cierto que está permitida, también se debe tener presente que es eminentemente voluntaria, salvo en los casos en que el trabajo adicional se fundamente en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

Si bien es cierto que el artículo 21° del Reglamento de esta ley, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR, establecía que “[e]l trabajo efectuado en sobretiempo, es por naturaleza extraordinario, por lo que en promedio mensual no podrá exceder de un quinto de la jornada ordinaria semanal.”, mediante Decreto Supremo N° 012-2002-TR, esta disposición fue derogada, no existiendo a la fecha, un límite en cuanto a su prestación.

En el Perú es hora extra o trabajo en sobretiempo, toda labor desarrollada fuera del horario regular de trabajo, sea antes de su inicio o después de su conclusión, pudiendo ser incluso, por fracción de hora. Debemos entender que el horario de trabajo delimita la jornada laboral.

El tiempo trabajado que exceda a la jornada diaria o semanal se considera sobretiempo y se abona con un recargo, para las dos primeras horas, no inferior al veinticinco por ciento (25%) por hora calculado sobre la remuneración percibida por el trabajador en función del valor hora correspondiente, y; treinta y cinco por ciento (35%) para las horas restantes. En caso de realizarse en horario nocturno, el valor de la hora extra trabajada se calcula sobre la base del valor de la remuneración establecida para la jornada nocturna. Inclusive, se puede compensar este trabajo adicional por períodos de descanso equivalentes en cuanto a tiempo. Adicionalmente, de acuerdo con lo dispuesto por el literal c) del artículo 12° del Decreto Legislativo N° 713, para efectos del récord vacacional (período de tiempo que se debe trabajar para gozar de las vacaciones), cualquier trabajo en sobretiempo igual o mayor a 4 horas, equivale a un día adicional.

5. La regulación en materia de tiempo de trabajo, ¿admite la posibilidad que la empresa unilateralmente determine o altere la jornada laboral inicialmente establecida de los trabajadores? En su caso, determinar en qué supuestos y condiciones.

La regulación laboral peruana permite, de manera clara, que el empleador pueda no solamente determinar la jornada de trabajo, sino también modificarla, ampliándola o reduciéndola pero sin exceder el límite de las 48 horas semanales. Ni las normas ni la jurisprudencia nacional, han determinado límites a la potestad del empleador de fijar o modificar la jornada de trabajo, siempre y cuando se cumplan con los límites máximos antes señalados. Solamente si ésta se hubiese determinado por convenio colectivo, el empleador no podrá modificarla de manera unilateral. Sin embargo, la norma establece un procedimiento de consulta con los trabajadores para su modificación, en el cual éste debe indicar cuales son las causas que motivan su decisión sobre el cambio de jornada.

Sin embargo se debe tener presente que, en cuanto a la modificación de jornada de trabajo por parte del empleador, éste debe cumplir con el respeto a los derechos fundamentales, incluido el de libertad de culto, no pudiendo vulnerarlos con dicho cambio. Un ejemplo de ello podemos verlo en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano, en el expediente N° 0895-2001-AA/TC, en el cual se determina expresamente que:

“En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si en un principio la emplazada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión. Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el ius variandi del empleador; pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio”.

La jornada puede ser ampliada por el empleador, siempre que no supere dicha ampliación, el máximo legal. En este caso, tal como lo señala Carlos CORNEJO VARGAS, la ley determina que se debe incrementar la remuneración de manera directamente proporcional a la extensión de jornada de trabajo⁶⁶. En el caso de reducción de jornada, el artículo 3° del Reglamento aprobado Decreto Supremo N° 008-2002-TR, antes

⁶⁶ CORNEJO VARGAS, Carlos. Algunas Consideraciones sobre la Regulación del Tiempo de Trabajo en la Legislación Laboral Peruana en el Libro Homenaje al Aniversario de la SPDTSS 25 Años de las Bodas de Plata de la Sociedad. Pág. 243.

mencionado, determina que no se pueden reducir las remuneraciones, salvo pacto expreso con el trabajador.

6. ¿Tienen los trabajadores capacidad para unilateralmente determinar, modificar o reducir su jornada inicialmente establecida debido a necesidades de conciliación de la vida laboral y familiar? En su caso, determinar en qué supuestos y condiciones.

En el marco legal peruano, el trabajador no tiene el derecho de modificar unilateralmente el horario de trabajo, bajo ningún motivo. Sin embargo, nada enerva que, en sede de negociación colectiva, las partes puedan pactar una jornada de trabajo dentro de los límites constitucionales establecidos.

7. ¿Y debido a necesidades de conciliación de la vida laboral y personal (por ejemplo, formación)?

Como se respondió previamente, no existe posibilidad alguna de modificar la jornada del trabajo por parte del trabajador. En todo caso, dentro de la liberalidad que puede aplicar el empleador en el Perú, éste puede prever, sea de manera particular, por cada trabajador o en caso en particular; o, a través del Reglamento Interno de Trabajo que él mismo dicta (obligatorio en todo centro laboral con más de 100 trabajadores) el otorgamiento de una licencia al trabajo, con o sin goce de haber. Los supuestos de su otorgamiento pueden especificarse, pudiendo ser brindadas por supuestos como estudios, cumpleaños, nacimiento o defunciones de familiares, entre otras posibilidades.

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC, en sus fundamentos 19 y 20, claramente determina que:

“19. Conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la interpretación de los derechos reconocidos en el artículo 25.º y en el artículo 2.º inciso 22 de la Constitución, debe tener presente que:

- a) El artículo 24.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre.*
- b) El artículo 7.º literal d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial el disfrute del tiempo libre.*

c) *El artículo 7.º literal h) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, reconoce el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre.*

Consecuentemente, de las disposiciones citadas se concluye que:

a) *La jornada laboral, para ser compatible con el artículo 25.º de la Constitución, deberá considerar que las personas tienen derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre; y,*

b) *El disfrute y compensación del descanso semanal y anual remunerados se regulan por ley o por convenio, conforme al parámetro constitucional descrito.*

20. Es evidente que el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. Entonces, la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. Es válido por ello concluir, también, en que las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso diario sea posible.”

Es decir, ninguna jornada de trabajo puede ser determinada sin tener presente los límites que generan la aplicación de los derechos fundamentales, principalmente, el respeto a la dignidad humana.

8. ¿Cuál es la definición y régimen jurídico de trabajo a tiempo parcial? ¿Se prevé la posibilidad de realizar horas extraordinarias por parte de los trabajadores contratados mediante un contrato a tiempo parcial?

Tanto el artículo 4º del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728, como los artículos 11º al 13º de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, regulan esta figura. Para nuestro ordenamiento, se entiende por trabajo a tiempo parcial el que se desarrolla con una jornada inferior a las 4 horas diarias de trabajo o cuyo promedio semanal no supere dicho límite. Este se puede suscribir de manera ilimitada, sin restricciones, debiendo solamente cumplirse con 2 requisitos de forma, el primero es que debe ser celebrado por escrito y el segundo es que debe ser puesto en conocimiento de la autoridad administrativa de trabajo dentro de los 15 días posteriores a su suscripción.

El hecho que supere ese límite genera la desnaturalización del contrato y, por lo tanto, el reconocimiento de un contrato laboral pleno, tal como lo determinó la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 06321-2008-PA/TC, teniendo en

consideración que este genera una simulación o fraude que no debe ser protegido por la ley.

Asimismo, se debe remarcar que el artículo 11° antes mencionado determina que: “[I]os trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor.”, hecho que posibilita la percepción de horas extras, en caso de tener que realizarlas.

Si tienen derecho a percibir utilidades, gratificaciones (un sueldo adicional por fiestas patrias y otro por Navidad), prestaciones sociales (seguro de salud y pensiones), sueldo mínimo vital, entre otros beneficios. Sin embargo, se debe precisar que estos trabajadores no cuentan con otros derechos como la Compensación por Tiempo de Servicios (seguro de desempleo), vacaciones e indemnización por despido arbitrario.

9. ¿Se admite el denominado contrato de cero horas? Esto es, un contrato sin concreción de la jornada laboral del trabajador y su determinación por parte de la empresa.

No es posible por dos hechos. En primer lugar, porque para que se genere una relación de trabajo o contrato de trabajo, debe existir prestación personal de servicios, remunerada y subordinada, de acuerdo con lo señalado por el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral; y, en segundo lugar, por cuanto el artículo 1 del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, parte de la premisa que puede existir una jornada de trabajo reducida, por ley, convenio o decisión unilateral del empleador, pero sin determinar la posibilidad de la inexistencia de una jornada de trabajo. Que un trabajador no labore de manera efectiva dentro del horario de trabajo, no implica que no se encuentre a disposición de su empleador, quien es el llamado a controlar la labor y a distribuir el trabajo a desarrollar, en tal sentido también puede existir una jornada de trabajo sin labor efectiva.

10. La evolución de la regulación del tiempo de trabajo en su país, ¿ha aumentado o disminuido la flexibilidad empresarial en la gestión del tiempo de trabajo de sus trabajadores?

Desde el punto de vista de nuestro ordenamiento se ha flexibilizado la posibilidad de que el empleador pueda establecer el horario de trabajo y cambiarla, así como su compensación y la posibilidad de excluir a determinadas categorías de trabajadores de la

jornada máxima. Así, tenemos por ejemplo que el artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, permite al empleador introducir cambios o modificar los turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación del servicio dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Esta norma debe concordarse con lo señalado por el artículo 2 numeral 1 inciso c) del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo y Trabajo en Sobretiempo del 4 de julio del 2002, que permite ampliar o reducir los días de la jornada semanal de trabajo, encontrándose el empleador autorizado a prorratear las horas dentro de las restantes día de la semana, considerando las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo, en cuyo caso no podrá exceden promedio de 48 horas semanales. Este cambio por cierto debe comunicarse al sindicato o a los trabajadores con ocho días de anticipación, indicando los motivos que sustentan la variación.

En cuanto al trabajo en sobre tiempo es voluntario tanto para el empleador como para el trabajador, pudiendo sólo ser obligado el trabajador a prestar servicios en forma extraordinaria, como consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva.

En cuanto a la posibilidad de compensar las horas en sobretiempo con descansos equivalentes, se puede realizar de mutuo acuerdo con el trabajador, por acuerdo escrito dentro del mes calendario siguiente en que se realizó dicho trabajo, salvo pacto en contrario.

11. Otras cuestiones relevantes en materia de tiempo de trabajo en su ordenamiento jurídico

A través de lo señalado por el artículo 5 del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, se ha excluido de la jornada máxima a los trabajadores de dirección, a los que no se encuentren sujetos a fiscalización inmediata y a los que presten servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, por ello no tienen derecho al pago de horas extras, ni deben marcar ingreso y salida, de acuerdo con lo regulado por el artículo 01° del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, que regula el registro de control de asistencia y de salida del régimen de la actividad privada.

Esta norma ciertamente, viola el artículo 25° de la Constitución, en tanto la misma no señala ninguna exclusión en cuanto al cumplimiento de la jornada máxima.

Otro tema relevante, que parte de lo señalado en el precitado artículo constitucional, es el establecimiento de jornadas atípicas. Al respecto, infra constitucionalmente, no se han establecido normas legales en nuestra legislación sobre el tema.

No obstante ello, a través de la sentencia del Tribunal Constitucional, emitida el 17 de abril del 2006 en la acción de amparo incoada por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra la empresa Southern Perú Cooper Corporation. Expediente N° 4635-2004-AA/TC y su resolución aclaratoria de fecha 11 de mayo de dicho año, han establecido, sobre la base de lo señalado por el Convenio N° 1 de la OIT, artículo 2 inciso C, que la jornada de trabajo atípica no debe sobrepasar las ocho horas diarias y 48 semanales, siempre que el promedio de horas calculado en un período de tres semanas o un período más corto no exceda de dichos límites semanales.

Esta sentencia está referida al sector minero, y debe ser evaluada caso por caso a partir de posibles efectos perjudiciales para la salud y seguridad de los trabajadores. En tal sentido para que no sea inconstitucional una jornada atípica debe superar el test de protección a la jornada máxima para los trabajadores mineros. Este consiste en:

- a) La evaluación debe ser individual en función de cada centro de trabajo.
- b) Se debe evaluar si se cumplen con las condiciones de seguridad laboral.
- c) Si se otorgan garantías para la protección de la salud del personal y, se brinda una adecuada alimentación para resistir jornadas prolongadas de trabajo.
- d) Si se otorga descansos adecuados compatibles con los esfuerzos dados por los trabajadores.
- e) Si la jornada nocturna es menor que la diurna.
- f) Verificar si se ha pactado en un convenio colectivo el máximo de 8 horas como jornada de trabajo⁶⁷.

Tal como lo menciona el Dr. Wilfredo Sanguinetti, la dignidad humana es el *mínimum invulnerable*, es decir, es el límite que cualquier regulación, inclusive la constitucional, debe respetar. Pues ningún derecho o precepto puede ejercerse vulnerando la dignidad de otro ser humano.⁶⁸

⁶⁷ Herrera Vásquez, Ricardo. La Inconstitucionalidad de la Jornada Atípica de Trabajo en el Sector Minero: El Caso Southern. *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*. Lima. Tribunal Constitucional del Perú. Centro de Estudios Constitucionales. 2006. pp.415-423.

⁶⁸ Sanguinetti Raymond, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*. Año.....Número.... Pág. 91.

Bibliografía y pronunciamientos judiciales

CORNEJO VARGAS, Carlos. “Algunas Consideraciones sobre la Regulación del Tiempo de Trabajo en la Legislación Laboral Peruana” en el Libro Homenaje al Aniversario de la SPDTSS 25 Años de las Bodas de Plata de la Sociedad. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – SPDTSS. Lima – Perú. 2013. p. 638.

HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. La Inconstitucionalidad de la Jornada atípica en el Sector Minero: El Caso de Southern Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Lima. Tribunal Constitucional del Perú. Centro de Estudios Constitucionales. 2006. pp. 415-423.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Diálogo con la Jurisprudencia. Lima – Perú. 2007. p. 150.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0895-2001-AA/TC, de 19.8.2002, en relación con vulneración de los derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión, y a no ser discriminado por motivo de religión.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 4635-2004-AA/TC, de 17.4.2006, en relación con vulneración de los derechos constitucionales a la dignidad de la persona (artículo 1°), a la igualdad (artículo 2°, inciso 2°), al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (artículo 26°, inciso 2°) y a la fuerza vinculante de la convención colectiva (artículo 28°, inciso 2°).

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 06321-2008-PA/TC, de 19.1.2009, en relación con vulneración de los derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso.

Aspectos Socioeconómicos y Jurídicos

Análisis

Laboral

Director: Luis Aparicio Valdez

Vol. XXVI N° 301 Julio 2002



25 AÑOS
AL SERVICIO DEL PAÍS

LOS TRABAJADORES PORTUARIOS

LUIGINO PILOTTO (*)

1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Por D.S. del 08.03.1935, se creó la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo. Esta ejercía el control del trabajo realizado en cada puerto. Para realizar las labores portuarias, era necesario inscribirse en un registro especial, elaborado por la mencionada Comisión, quien efectuaba los nombramientos (nombrados) de los trabajadores de acuerdo con un criterio de rotación. Éstos no podían exceder de 26 al mes y comprendían solamente a quienes estuvieran inscritos dentro del referido Registro.

La Comisión tenía facultades propias de un empleador, pues no sólo realizaba el proceso de selección del trabajador, sino que podía sancionar a los trabajadores que hubiesen cometido una falta. El inciso f) del artículo 3° del Decreto Supremo del 08 de marzo de 1935, determinaba que podía decretar la separación de la matrícula de cualquier miembro de los gremios marítimos, acto equiparable al despido, pues quien no se encontraba matriculado, no podía ser nombrado; y, por lo tanto, no podía trabajar.

Sin embargo, no tenía las obligaciones propias de un empleador, las cuales eran cumplidas por quienes solicitaban los servicios de trabajadores portuarios.

Este sistema se corrompió y derivó en lo que llegó a conocerse como "el punto", representado por la persona que, por parte de la remuneración a percibir por la labor, sustituía a quien había sido nombrado para realizar el servicio, quien quedaba en libertad para efectuar otro tipo de actividad.

Esta situación degeneró aún más, en lo que después pasó a llamarse el "contrapunto", vale decir, la persona contactada por el punto para que realizara la labor por una parte del porcentaje del importe que éste percibiría.

Este hecho demostraba la falta absoluta de control por parte de esta Entidad, así como el poco interés que otorgaba al cumplimiento de sus funciones, por lo que, con la dación del Decreto Supremo N° 054-91-PCM, se disolvió la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo.

En el Perú, las normas pueden ser buenas, pero quedan en letra muerta por una falta casi total de control y de sanción efectiva, por parte de los órganos encargados.

2. ANÁLISIS DE LAS POSICIONES SOBRE LOS PROYECTOS DE LEY PRESENTADOS

La Exposición de Motivos de uno de los Proyectos presentados, señala que existen alrededor de 4,800 personas que realizan labores portuarias de manera precaria. Advierte que el número de jornadas laboradas, disminuyó de 20 a 04 al mes, así como la remuneración mensual de US\$ 205.00 a US\$ 28.00.

Asimismo, señala que algunas cuadrillas de estiba y desestiba redujeron el número de trabajadores de 18 a 10, manteniendo el mismo nivel de producción, pero disminuyendo el costo laboral de US\$ 142.02 a US\$ 70.00 por jornada, sin respetar los derechos laborales del personal.

El Consejo Nacional de Usuarios del Sistema de Distribución Física Internacional de Mercaderías - CONUDFI, considera que el proyecto no ayuda a la promoción de la inversión en los sectores marítimos portuarios, empeorando la situación de los trabajadores del sector.

Considera que afecta el empleo formal de los trabajadores portuarios; interfiere con la libre negociación entre trabajadores y empleadores; va contra la normatividad laboral vigente; interfiere con los contratos de trabajo, al establecer pautas mínimas para su elaboración; discrimina al personal a contratador; e, interfiere en la gestión de las empresas privadas al determinar las condiciones de trabajo por aplicar.

EL TRABAJO PORTUARIO SERÍA UNA
ACTIVIDAD LABORAL PERMANENTE, PERO
DISCONTINUA, COMPRENDIENDO TODOS
LOS TRABAJOS RELACIONADOS CON LA
CARGA Y DESCARGA DE MERCANCÍAS...

La Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Perú - FEMAPOR, apoya el proyecto presentado, señalando que favorece la prestación de la labor por personal técnico especializado; ayuda a incrementar y garantizar los ingresos de los trabajadores; y que la creación del registro no genera mayor burocracia dentro del Estado.

2.1 Ámbito de la norma. Este régimen sería aplicable al trabajo portuario realizado en puertos públicos y privados de uso público de la República, excluyéndose a los puertos privados que no brindan acceso y no prestan servicios a terceros.

El trabajo portuario sería una actividad laboral permanente, pero discontinua, comprendiendo todos los trabajos relacionados con la carga y descarga de mercancías, así como cualquier otra operación vinculada con éstas.

Las labores son brindadas por los trabajadores de manera discontinua y a múltiples empleadores, quienes deberán contar con las licencias necesarias para operar en un determinado puerto.

El operario que, a pesar de realizar estas funciones, tiene vínculo permanente y exclusivo con un solo empleador, no podrá ser considerado como trabajador portuario, no resultándole de aplicación las regulaciones propias de este sistema.

2.2 Del registro y nombramiento de los trabajadores marítimos. El Proyecto crea un Registro de Trabajadores Portuarios, dividido por las labores especializadas a brindar. Cada trabajador recibirá un carné que contenga sus datos de identidad, número de registro, especialidad y puerto en el que pueden brindar sus servicios.

El número total de trabajadores por puerto será revisado

(*) Profesor de la Maestría de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

por una Comisión Tripartita, integrada por la Autoridad Administrativa de Trabajo, representantes de los Trabajadores y de los Empleadores. Es decir, éste continúa siendo cerrado y determinado, procediendo el nombramiento solamente sobre quien se encuentre registrado.

En decir, se otorga un tratamiento preferente a un grupo de personas, sin existir una razón aparente para hacerlo, lo cual impide que quienes se encuentren interesados y capacitados para brindar este servicio, no puedan efectuarlo, al no encontrarse inscritos, hecho que los pondría en una posición más precaria que la que ahora sufren. Asimismo, se generaría un monopolio por parte de los trabajadores registrados.

No debería darse preeminencia a un grupo sobre otro sin que exista algún sustento técnico. Asimismo, no se pueden eliminar las condiciones de competencia dentro del mercado y dejar de lado la capacitación y productividad de cada persona.

El nombramiento sería rotativo, no eligiendo el empleador qué trabajador puede contratar, limitándose las opciones de seleccionar a la persona más idónea para brindar las funciones, sea por capacidad que por comportamiento.

Sería más conveniente que el Registro quede abierto a todas aquellas personas interesadas en inscribirse, estableciéndose solamente requisitos de capacitación mínimos para tal fin. Asimismo, el empleador debería poder elegir la especialidad, así como al trabajador más capaz y más adecuado para las labores por realizar. Eso fomentaría una sana competencia entre los trabajadores, que mejorarían sus capacidades. Cabe recordar que un personal especializado tiene mejores posibilidades de obtener condiciones laborales y económicas más adecuadas, al tener una mejor capacidad de negociación.

2.3 Del régimen laboral de los trabajadores marítimos. El proyecto determina que puede existir un trabajador con múltiples empleadores, considerándolo con contrato a tiempo indeterminado. Normalmente, un trabajador labora para un solo empleador, con quien mantiene una relación a plazo determinado o indeterminado.

Asimismo, determina que los derechos laborales se abonan por jornada diaria o destajo, efectuándose los pagos de manera semanal. Hace referencia a todos los derechos laborales, los cuales incluyen los beneficios sociales que les pudiera corresponder por el período laborado.

Sería más conveniente que cada prestación sea considerada como un vínculo laboral que nace y muere con ella, cancelándose a su conclusión, todos los beneficios sociales, incluidos los pagos por descansos y vacaciones, de acuerdo con los días laborados. Podría parecer que se "encarece el servicio", pero se estarían pagando los derechos que le corresponden a cada trabajador portuario, tal como a cualquier otro del Régimen Laboral de la Actividad Privada.

Por el alto grado de rotación existente en este tipo de labores, podría darse el caso de no gozar de ciertos derechos laborales, tales como los descansos. Por ello, considero que la decisión de aceptar un nombramiento debería quedar supeditada a la voluntad del trabajador.

Caso contrario, con múltiples empleadores, podríamos preguntarnos, ¿quién paga las gratificaciones?; ¿quién otorga vacaciones?; ¿el despido de uno de los empleadores, genera el despido de las demás empresas? así como otras interrogantes que pueden generar una legislación no muy clara.

2.4 Repercusiones de la norma con relación a los empresas

a. Limita las posibilidades de una libre contratación de sus trabajadores. Una Empresa que requiera de estos servicios, deberá aceptar a los trabajadores que sean nombrados, sin tener la opción de elegir al más competente.

b. Generará un encarecimiento de costos, los que serán trasladados a los usuarios, encareciendo el costo final del servicio.

c. Se crea un trámite previo adicional ante la Autoridad Administrativa de Trabajo para poder contratar trabajadores.

2.5 Repercusiones sobre los trabajadores marítimos

a. Para poder laborar, necesitarán inscribirse en el Registro.

b. Se otorga una posición privilegiada a los trabajadores registrados sobre los no inscritos, sin que exista un sustento técnico. Esto genera discriminación, limitando el acceso al trabajo.

c. Podría haber una disminución de la productividad, al contratarse solamente a los trabajadores inscritos en el registro, quienes no tendrán competencia.

2.6 Posibles repercusiones para país

a. Posible incremento de costos de las empresas que utilizan estos servicios, generando un gasto mayor para los usuarios finales del mismo.

b. Se incrementarían los costos de importación y exportación de productos y podría generarse una posible disminución de estas actividades.

c. Esta reducción de actividades fomentaría la disminución del número de arribo de naves, decreciendo las operaciones de importación y exportación, así como de aquellas colaterales, generando una reducción de ingresos y de puestos de trabajo.

d. Podría disminuir la productividad de los trabajadores al no tener una competencia real dentro del mercado, encareciendo los costos de las empresas y disminuyendo el volumen de carga movilizado.

2.7 Normas constitucionales vulneradas

a. Se vulnera lo dispuesto en el inciso a) del artículo 26° de la Constitución, al no concederse igualdad de oportunidad sin discriminación para acceder al trabajo.

b. Se infringe el inciso 2 del artículo 2°, al disponerse un tratamiento discriminatorio, vulnerando el principio de igualdad ante la Ley.

c. Se vulnera el artículo 59° pues atenta contra la libertad de trabajo y de empresa, al limitarse el acceso al trabajo y al derecho de las Empresas elegir libremente a quienes deseen contratar.

d. Se infringe el artículo 62°, que otorga el derecho a la libertad de contratar.

Esperamos que la versión definitiva del Proyecto, encuentre canales que permitan la protección de los derechos tanto de los trabajadores como de los gremios empresariales, llegando a obtener una norma que emane de la concertación de las partes más que de intereses particulares.

Una norma obtenida por el acuerdo mutuo es más fácil de aplicar, al tener un menor índice de resistencia; obteniéndose un índice de evasión menor. Todos los involucrados como participantes en su elaboración, considerarán que ésta defiende sus intereses, reduciéndose así la conflictividad, finalidad de toda norma. ☑

Homenaje Aniversario de la SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

25 Año de las
Bodas de Plata
de la Sociedad



TRABAJO INFANTIL EN EL PERÚ

LUIGINO PILOTTO CARREÑO⁽¹⁾

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Históricamente, dentro de nuestro país, el trabajo infantil fue visto o quiso ser visto, como una forma de coadyuvar en la economía familiar, así como una manera de inculcar, en los niños, la costumbre del trabajo y, a través de ello, cooperar en la formación de valores de la población.

Bajo ese tipo de pretextos se cometieron actos que podrían ser considerados como atentatorios de los derechos de esos mismos niños, pues no solo no se les permite un desarrollo regular, asumiendo conductas no propias de su edad, alejándolos de juegos y de amigos, actos que a los ojos de algunos padres parecieran pueriles pero que, sin embargo, forman parte del proceso de aprender a vivir como sociedad. En algunos casos, la preeminencia del trabajo sobre la formación infantil llega a alejar a los niños de los centros de instrucción para cumplir con las labores que su propia familia le asigna.

En múltiples ocasiones, principalmente en las regiones más alejadas de nuestro país, en las que los índices de pobreza son mayores, niños y niñas se ven afectados por el desempeño de largas jornadas de trabajo, a veces nocturnas o riesgosas, para las cuales no están preparados, ni física, ni psicológicamente. No nos referimos solo a las jornadas laborales en el campo, realizando faenas agropecuarias no propias para ellos, sino también a las labores mineras,

(1) Profesor de la Universidad ESAN. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social por la Universidad de Bologna-Italia.

en contacto con sustancias altamente tóxicas. Ejemplos de estos casos en nuestro país hay muchos, que van de la minería informal hasta la trata de menores, entre muchos otros resaltados por nuestra prensa local en los últimos años.

Sin embargo, no es necesario desplazarse fuera de Lima para tener ejemplos de explotación infantil. Algunos de ellos están tan cerca de nosotros y lo peor de todo es que no nos damos cuenta –o no queremos darnos cuenta–. Lo tenemos como algo natural, que forma parte de nuestro entorno y, por lo tanto, dentro de nuestra “normalidad” o cotidianeidad. No nos extraña ver niños que piden limosna en las calles o que venden caramelos, que limpian vidrios de automóviles o que ayudan a vender o a transportar productos en los mercados, y que llegan a realidades tan crudas como estar inmersos y ser víctimas de la prostitución infantil o del tráfico ilícito de drogas. Incluso, en algunos casos, ojalá ya sean menos, podemos encontrarlos desarrollando labores domésticas en algunas casas de familia.

Así, con una realidad como la nuestra, cabe preguntarse ¿qué se ha hecho para erradicar esta lacra? ¿Es suficiente o se puede hacer más? ¿Es el Estado el responsable de cambiar esta realidad? Preguntas como esas resuenan en las cabezas de quienes nos indignamos y protestamos contra este cuadro. Pero también deberíamos preguntarnos ¿qué hacemos nosotros para cambiar esta realidad? Si no hacemos algo, somos parte del problema y no de la solución.

El Estado hace su parte. Algunos pueden decir que es insuficiente, tal vez lo sea ante un problema de gran magnitud. Otros reconocen avances pero que están supeditados a los recursos de nuestro país o a los que sean asignados para buscar una solución, los que dependen a su vez de las prioridades de los gobiernos de turno.

Normativamente tenemos una amplia gama de dispositivos que regula el tratamiento que debe otorgarse a este problema. Para empezar, se identifica a la faja de protección. De acuerdo con el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad (...)”. Según el Censo poblacional del año 2007, existen en el Perú dentro de la franja etaria de cero a catorce años, 8 357 500 personas. Si a esos datos sumamos lo señalado por el señor Luis Jacobs, el 21 de junio del 2009, en su calidad de presidente del Comité para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil del Ministerio de Trabajo, “casi dos millones de niños trabajan en el país, la mayoría en el sector rural”, podemos darnos cuenta de la magnitud del problema.

HOMENAJE ANIVERSARIO DE LA SPDTSS

En una reciente publicación del Ministerio de Trabajo⁽²⁾, se aprecia lo siguiente:

“De acuerdo con la ENAHO 2011 (ver cuadro 5), del total de 7,1 millones de niños, niñas y adolescentes de 6 a 17 años, 1,65 millones (23,4 %) se encuentran trabajando. De ellos, alrededor de 832,000 (18,4 %) son niños que tienen entre 6 a 13 años (trabajo por debajo de la edad mínima legal de admisión al empleo), mientras que 826,000 (32,0 %) son adolescentes de 14 a 17 años, que cuentan con la edad permitida para trabajar. De estos últimos, 33,9 % realiza trabajos considerados peligrosos pues laboran 36 o más horas semanales”.

CUADRO 5

POBLACIÓN	GRUPOS DE EDAD		
	6-13	14-17	TOTAL
Población de niños y niñas de 6 a 17 años (en miles)	4520	2582	7103
Niños y niñas que trabajan (en miles)	832	826	1659
Proporción (%) de niños y niñas que trabajan respecto población total del grupo etario	18,4 %	32,0 %	23,4 %
Adolescentes de 14 a 17 años en trabajo peligroso por condición: 36 a más horas por semana (en miles)	n.d.	305	305
Proporción (%) de adolescentes en trabajo peligroso por condición (36 a más horas por semana) respecto población total del grupo etario	n.d.	39 %	39 %

Fuente: ENAHO 2011

Como puede apreciarse, en estas estadísticas el porcentaje no cambió mucho entre el 2009 y el 2011. Ejemplo de esta situación lo vemos en el estudio del Centro de Estudios Sociales y Publicaciones (CESIP) y por la Municipalidad Metropolitana de Lima, a un universo cercano de 7000 menores de entre 8 y 14 años de edad y que trabajan en el Cercado de Lima. De este se desprende que el 95 % tiene en promedio tres años de atraso escolar y 30 % no ha empezado aún el colegio⁽³⁾.

Confrontados estos datos con las tasas nacionales de inasistencia escolar (7 % en niños de 6 a 11 años y 29 % en adolescentes de 11 a 16 años) y la

(2) Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2012-2021.

(3) Restitución de derechos y oportunidades para niñas, niños y adolescentes que trabajan en la calle - Cercado de Lima.

de repetición de año escolar (14 % anual, ambos datos según la Encuesta Nacional de Hogares 2006) podríamos pensar que varios miles de niños y adolescentes deben sacrificar el estudio por el trabajo. En lo que va del 2013, este porcentaje fue de 5,8 % en niños de 6 a 11 años y de 17,8 % en adolescentes de 11 a 16 años.

Deducimos que, de acuerdo con datos brindados por el propio Estado, cerca del 25 % de la población infantil del Perú, trabaja y, como consecuencia de ello, no accede a la educación, lo que plantea algunas interrogantes sobre, si este es el presente que le damos a nuestros hijos, ¿cuál será el futuro al que podrán aspirar? Y si ellos son el futuro del Perú, ¿qué podemos esperar más adelante?

Ciertamente, quienes tienen hijos trabajando pueden enumerar muchos argumentos de sustento como: pobreza, ruptura del núcleo familiar, hogares de padres separados o fallecidos, migración del campo a la ciudad, entre otros. Sin embargo, ¿qué hacemos, como sociedad, para evitar que estas situaciones se presenten?

Nuestra principal inversión a futuro es nuestra población y, en especial, los niños que la integran. Así lo entienden otros países con mayores niveles de inversión en política social. Debe procurarse mejorar las condiciones de vida de la sociedad en general. Resulta bonito y fácil decirlo, pero no es tan sencillo de implementar, máxime si las brechas son muy amplias. Para empezar, la sociedad en general debe entender que cuando se destinan recursos a educación, salud y actividades lúdicas para niños no se gasta sino que se invierte a futuro, se busca bienestar individual, pero también colectivo que repercutirá en todo nuestro país.

Eso se desprende más claramente de un estudio sobre trabajo infantil en 19 países iberoamericanos –entre ellos Perú– realizado por la Oficina Internacional de Trabajo (OIT). En ese documento se concluye que si se invierte en los niños, dándoles educación, acceso a sistemas de salud e impidiendo cuando menos las peores formas de trabajo infantil, podría lograrse un beneficio económico neto que superaría los US\$ 235 000 millones en dichos países durante los próximos 20 años⁽⁴⁾. Es decir, lo que se invierte en la niñez y en la juventud revierte con creces a la economía de nuestro país.

(4) OIT. *Trabajo Infantil. Causa efecto de la perpetuación de la pobreza*. 2007.

La Oficina Regional de la OIT, en una nota de prensa de 12 de junio de 2013, nos recordó que: En la región aún hay 14 millones de niños y niñas trabajando, y que parte importante de ellos realiza labores domésticas en hogares de terceros.

II. CONCEPTOS BÁSICOS

Para la OIT, es trabajo infantil “(...) *toda actividad laboral que es física, mental, social o moralmente perjudicial o dañina para el niño, e interfiere en su escolarización privándole de la oportunidad de ir a la escuela; obligándoles a abandonar prematuramente las aulas o exigiendo que intente combinar la asistencia a la escuela con largas jornadas de trabajo pesado*” (OIT, 1999). Por lo tanto, es todo aquel trabajo que “*priva a los niños de su infancia, de su potencial y de su dignidad*” (OIT, 1999). Así, no todos los niños, niñas y adolescentes que realizan “quehaceres para el propio hogar” desempeñan trabajo infantil propiamente tal⁽⁵⁾ Esta definición resulta tan clara y cruda que nos enerva de cualquier comentario posterior.

Para comprender el ámbito de aplicación de este concepto, se debe tener presente el Convenio N° 182 de la OIT sobre Eliminación del trabajo infantil y protección de los niños y de los adolescentes, el cual, en su artículo 2 determina que niño es toda persona menor de 18 años; es decir, un ámbito mayor al contemplado por nuestras normas internas. Cabe precisar que este convenio fue ratificado por el Perú desde el 10 de enero del 2002 y, por lo tanto, parte integrante de nuestra legislación.

Asimismo, en su artículo 3, considera que la expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarca:

- a) *“Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;*
- b) *La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;*

(5) SILVA GÜIRALDES, María Jesús. *Niñas, niños y adolescentes: los riesgos de un trabajo invisible para el propio hogar*. Oficina Internacional del Trabajo, Santiago, 2005. p. 13.

- c) *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 pertinentes, y*
- d) *El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños”.*⁽⁶⁾

De otro lado, el Convenio N° 138 de la OIT, sobre la edad mínima, ratificado por el Perú el 13 de noviembre de 2002, establece en su artículo 7, la definición de trabajo ligero, entendiéndose por este a aquella labor que no perjudique la salud ni el desarrollo del niño y que le permitan asistir a la escuela o a los sistemas de enseñanza que establezca cada Estado, incluyendo aquellos sistemas de formación profesional. Como se puede desprender de esta definición, así se trate de sistemas de aprendizaje o formación, los jóvenes no pueden realizar trabajos peligrosos, pues atentan contra su salud y desarrollo. Esto se sustenta también en la Convención sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ratificado por el Perú el 5 de septiembre de 1990, en la cual dispone “*Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpezca su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social*”⁽⁷⁾.

Conceptos como los esbozados, comprendidos en las normas jurídicas (convenios y recomendaciones aprobadas por la OIT, así como en la legislación nacional de los distintos países), ofrecen una base legislativa primaria para todas las acciones relativas al trabajo infantil y trazan una clara línea entre las formas de trabajo de los niños que son aceptables para las sociedades y aquellas que no la son. Dichas definiciones jurídicas son importantes para determinar las medidas de cumplimiento, pues proporcionan una base para que las autoridades competentes actúen en caso de infracción y determinen las sanciones a quienes resulten responsables.

Sin embargo, no es todo lo que se puede hacer al respecto. El Estado tiene, adicionalmente, otras tareas preponderantes en la solución de este problema. En el año 2007, la OIT realizó un trabajo de *Recopilación de las respuestas políticas y legislativas modernas al trabajo infantil*, el cual reúne una serie

(6) Convenio N° 182° artículo 3. En: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>>.

(7) Convención sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas, artículo 32. En <http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm>.

de políticas que diversos países en el mundo adoptaron para establecer los límites de lo permitido y lo no permitido dentro de la esfera del trabajo infantil.

Así, vemos que no solo existen limitaciones relacionadas con la edad del menor y el tipo de trabajo que pueda realizar, sino con el consentimiento de los padres con el que deben contar, así como con la capacitación previa que deben recibir los menores, las facultades que deben otorgarse a los medios de inspección laboral y a la Policía Nacional para combatir las trasgresiones a las normas, entre otros aspectos.

De otro lado, como una forma de paliar el problema, la Organización Regional Interamericana de Trabajadores de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres-ORIT/ CIOSL⁽⁸⁾, en su *Plan Continental para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2009*, estableció un programa de actividades específicas que contribuirán con este fin, a desarrollarse en dos etapas. Con esto se busca coadyuvar con la eliminación del trabajo infantil en la región.

Entre las acciones a desarrollar figura instalar el tema en la agenda sindical, la capacitación y formación de cuadros dirigentes en el tema, recopilación y difusión de experiencias, organizar y fortalecer espacios de atención del problema a nivel local, entre otras. Sería conveniente, a un año de que se cumpla el plazo establecido en el documento, conocer más ampliamente cuáles han sido los avances sobre la materia.

III. LA PROBLEMÁTICA EN AMÉRICA LATINA

El trabajo infantil en Latinoamérica es un problema de gran magnitud. Tiene sus raíces en múltiples causas de tipo económico, social o cultural. Sin embargo, no son las únicas. La hasta ahora escasa capacidad nacional y regional para formular políticas que permitan combatir esta lacra y un aparente desinterés en aplicarlas cuando estas existen, hacen que se complique aún más el panorama.

(8) Cabe precisar que la ORIT/CIOSL apoyó en la creación de la Coordinadora de Centrales Sindicales Andinas, el 26 de noviembre de 2006, en Lima, participando dentro de esta última, las siguientes Confederaciones del Perú: Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT) y la Confederación de Trabajadores del Perú (CTP);

Como consecuencia, la mayoría de estados en América Latina no consideran la lucha para la erradicación del trabajo infantil como objetivo estratégico de desarrollo nacional. Así, pueden apreciarse importantes debilidades en temas de capacitación y educación; coordinación y articulación de políticas a adoptar; e incluso contradicciones normativas. Se suman dificultades en el control de normas, a través del sistema de inspección laboral o de la Policía Nacional, de ser el caso. Todo esto lleva a considerar que la información sobre el ámbito del problema, es poco fiable en toda la Región.

Tal como menciona el informe *Trabajo infantil - causa efecto de la perpetuación de la pobreza*, realizado por la OIT en el 2007, solo dos de los 18 países analizados, dentro de sus planes de acción contra el trabajo infantil, lograban a dicha fecha un completo tratamiento del tema: Brasil y Colombia. Estos, además de señalar el problema, determinan objetivos, metas y acciones específicas, así como recursos necesarios para realizarlos. Otros dos países, Bolivia y Ecuador, le dan adecuada importancia al tema, aunque no con la profundidad de los dos anteriores. Cuatro países, El Salvador, México, Panamá y Paraguay, se refieren al tema del trabajo infantil pero no destacan las acciones concretas que realizarán, los responsables de cada una, los indicadores de seguimiento, ni los costos estimados de las acciones.

De otro lado, según cifras contenidas en el Informe Global de la OIT *La eliminación del trabajo infantil: un objetivo a nuestro alcance*, para el año 2004 5,1 % de niños y niñas entre 5 y 14 años, participaban en actividades económicas. Cuando los cálculos se realizan de 5 a 17 años, esta proporción crece (llega al 20 % de los niños de la región) de los cuales, 18,5 millones (13 % de los niños de la región) desarrollan trabajos que deberían ser abolidos para ellos⁽⁹⁾.

Esta situación repercute no solo en los propios niños, niñas y adolescentes, así como en sus familias, sino también compromete el futuro de nuestros países pues tres de cada cuatro niños que trabajan abandonan sus estudios. Si tomamos las últimas estadísticas de la OIT y aplicamos este segundo factor, también otorgado por la misma entidad⁽¹⁰⁾, tenemos una visión real de la magnitud del problema, pues hablamos que en América Latina y el Caribe, cerca de 21 millones de niños dejan la escuela.

(9) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "El trabajo infantil por abolir en América Latina y el Caribe". En: *Panorama Laboral* 2004. p. 73.

(10) En: <<http://white.oit.org.pe/ipec/pagina.php?seccion=238&pagina=190>>.

La labor para eliminar el trabajo infantil y las peores forma de explotación de los niños, dentro de los plazos previstos por la OIT (año 2015), requiere una acción coordinada entre el Estado y la sociedad civil, representada por organizaciones de trabajadores, de empleadores y demás componentes; es decir, es tarea de todos.

En el ámbito eminentemente laboral, los sindicatos están dentro de la esfera inmediata de control para el cumplimiento de cualquier norma y condiciones de trabajo. Esto permitiría la prevención de abusos laborales contra niños y adolescentes. Asimismo, los organismos representantes de los trabajadores, con un sistema funcional determinado, permiten educar a los demás trabajadores sobre la importancia del tema, así como sobre la necesidad de ofrecer una adecuada educación a sus hijos.

Incluso, a través de mecanismos de negociación colectiva, puede pactarse la prestación de servicios como becas escolares, guardería infantil u otras que reduzcan el impacto de las condiciones económicas que contribuyen con el ingreso temprano de niños a la actividad laboral. También los empleadores tienen un papel directo y trascendente en la prevención y eliminación del trabajo infantil. No puede ni debe quedar solo en declaraciones de intención, deben generarse compromisos que creen una barrera de acceso al trabajo para personas menores de edad, principalmente en modalidades conocidas como las peores formas de explotación infantil.

Aunque la participación parcial de los empleadores permite determinar políticas, identificar sectores con mano de obra infantil, desarrollar programas de formación profesional, entre otras actividades, de no existir un verdadero compromiso del empresariado, será muy difícil realizar avances significativos en la lucha contra este mal, máxime si conocemos las deficiencias de los Estados Latinoamericanos y del Caribe, con sus actuales sistemas de control (inspecciones laborales o intervenciones policiales) que, por falta de recursos, no tienen la cobertura necesaria para satisfacer la exigencia de una supervisión completa.

IV. ANÁLISIS SITUACIONAL DE LA REALIDAD NACIONAL

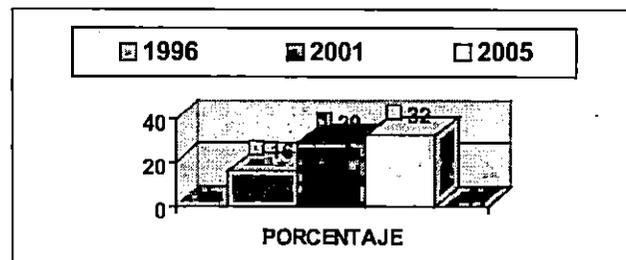
Resulta necesario conocer cuál es el alcance del problema del trabajo infantil en nuestro país, para lo cual primero veremos algunas cifras que graficarán objetivamente de qué estamos hablando.

1. Algunas cifras sobre nuestra realidad

Los números, en el caso peruano, no son halagüeños. Ya el Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil para los años 2005-2010, sustentado en las ENAHO de los años 1996, 2001 y 2005, muestra la siguiente evolución, en cuanto a porcentaje de niños trabajadores entre los 6 y 17 años:

AÑO	PORCENTAJE
1996	16
2001	29
2005	32

Como apreciamos en el siguiente gráfico, los datos del cuadro revelaban una tendencia al alza, al duplicar literalmente el porcentaje que se tenía en 1996.



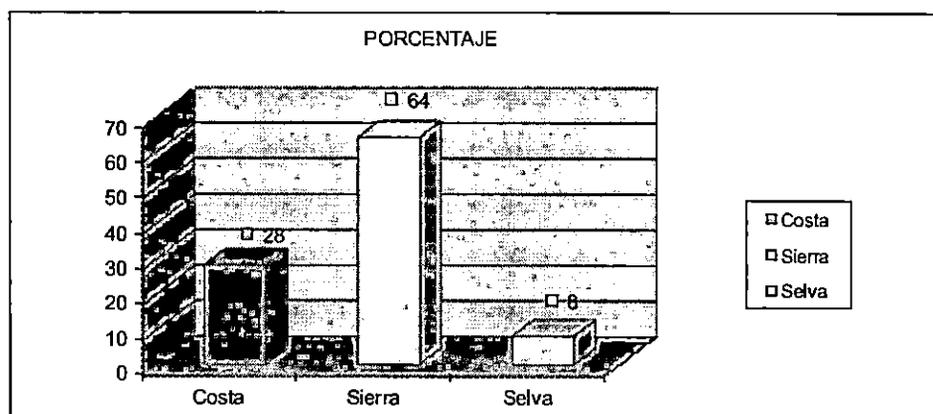
De las cifras, 54 % eran varones y 46 % mujeres (equiparidad entre géneros), no había preferencias en cuanto a la incorporación laboral prematura. Si lo vemos desde el punto de vista de distribución entre áreas de residencia (el campo y la ciudad), se podía ver la siguiente evolución:

AÑO	POBLACIÓN RURAL	POBLACIÓN URBANA
1996	67	33
2001	70	30

En los años que se realizó la muestra, la distribución rural-urbana se mantenía prácticamente estable en los mismos niveles iniciales, tomados en el año 1996, con un muy ligero incremento en la población rural. Debe precisarse que, de este porcentaje, 92 % de quienes tenían entre 6 y 13 años, se dedican a labores de pastoreo.

La distribución por área geográfica era de la siguiente manera:

HOMENAJE ANIVERSARIO DE LA SPDTSS



La Estrategia Nacional para La Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2012–2021, del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, actualizó los porcentajes mencionados. Estos cambiaron ligeramente. A la fecha, la incidencia de trabajo infantil en la misma faja etaria (6 a 17 años) es 23,4 %. De este porcentaje, el 58,7 % corresponde a las zonas rurales, contra el 41,3 % en las zonas urbanas. El trabajo infantil siempre fue predominantemente rural en el grupo de 6 a 13 años (67,5 % del total); esta situación cambia en el grupo de los adolescentes de entre 14 y 17 años, en que los porcentajes son similares (50,3 % urbana y 49,7 % rural).

Ahora, si bien es cierto que existen cifras sobre el tamaño del problema y estas, por sí mismas, resultan preocupantes, también lo es que quedan dudas sobre la certeza de estas, pues existen zonas poco accesibles o visitadas, como pueblos alejados de las ciudades, asentamientos mineros clandestinos e, incluso, las mismas casas en ciudades, en las que se realiza trabajo doméstico y que no necesariamente pueden ser fácilmente contabilizadas. Por ello, sugerimos tener estas cantidades como referenciales de un problema que, probablemente, sea mayor a aquel que se refleja.

Ya en el año 2006, en el estudio realizado por la OIT, denominado *Trabajo infantil – Estudio de opinión pública en el Perú – Resumen del estudio*, establecía:

PORCENTAJE DE ENTREVISTADOS QUE HAN VISTO EN EL ÚLTIMO MES NIÑOS O NIÑAS QUE REALIZAN LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES porcentaje de respuestas afirmativas							
Actividades	Total %	Dominio			Nivel Socioeconómico		
		Lima y Callao	Interior Urbano	Interior Rural	A/B	C	D/E
Vendía en la calle caramelos, flores, tarjetas, diarios, etc.	89,0	89,1	93,8	52,2	91,0	90,3	87,1

DERECHOS LABORALES EN GENERAL

Vendía en puestos de mercado/ bodegas/tiendas	81,6	81,4	85,5	55,5	72,7	82,6	83,3
Lustraba zapatos	80,7	79,9	87,3	44,3	84,1	81,2	78,8
Recolectaba residuos o cartones	79,3	81,5	80,5	43,9	75,2	81,7	79,1
Cuidaba o lavaba carros	78,9	79,2	83,2	44,2	87,2	81,6	74,1
Limpiaba vidrios o parabrisas	76,0	79,3	75,6	38,7	86,4	78,5	70,7
Pedía limosna, ropa o comida	73,7	71,7	82,7	34,3	86,1	75,1	68,7
Acompañaba a adultos que vendían en la calle	70,3	70,0	74,1	48,7	78,0	70,6	67,1
Se encargaba del cuidado de la casa en vez de sus padres	66,1	65,3	64,7	87,0	51,8	63,7	72,8
Hacía malabares y espectáculos en la calle	62,6	69,2	56,9	19,6	83,1	64,0	54,6
Realizaba las tareas domésticas en hogares de personas que no son su familia cercana	60,3	59,6	60,4	67,5	51,8	60,7	63,4
Tejía o hacía artesanías	53,6	52,9	52,9	67,2	44,6	54,8	56,3
Apoyaba a sus padres en activi- dades de cosecha y siembra en la chacra	51,8	42,7	61,7	97,3	38,9	47,1	60,0
Arreaba ganado, recogía leña, etc.	44,0	33,7	54,9	96,4	33,1	36,3	53,1
Participaba en comerciales de televisión, en películas de cine o en series de televisión	42,7	49,4	35,1	11,7	67,5	43,1	33,8
Guiaba turistas	29,8	27,2	34,1	31,4	34,3	29,2	28,4

En él se aprecia que el problema del trabajo infantil está en todo espacio geográfico de nuestro país y es visible para todos los ámbitos sociales. Asimismo, muchas de las labores que podríamos considerar como parte del paisaje de la ciudad son, realmente, formas bastante duras de trabajo infantil, que damos por sentado.

De acuerdo con la OIT, el Perú, dentro de la faja de 5 a 11 años, tiene el porcentaje más alto de niños trabajadores de la región (alcanza el 20,7 %) seguido de Bolivia (15,6 %), República Dominicana (11,4 %) y Ecuador (10,1 %).⁽¹¹⁾ Esto se sustenta en la encuesta del año 2001, a que hacemos referencia en párrafos precedentes⁽¹²⁾.

Esta publicación señala también que *“Entre la población de 12-14 años, Guatemala presenta la mayor tasa de trabajo infantil (34,5 %), seguido de Bolivia (29,8 %), y muy de cerca, por Perú y Ecuador (28 % cada uno). Luego*

(11) PROGRAMA INTERNACIONAL PARA LA ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL DE LA OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Trabajo infantil: causa y efecto de la perpetuación de la pobreza*, 2007, p. 14.

(12) Ídem.

están Paraguay, República Dominicana, Honduras y Nicaragua con tasas entre 20 % y 25 %⁽¹³⁾.

2. Algunas precisiones sobre el caso peruano

En el Perú aún falta mucho por hacer, pese a que como país adoptamos pasos consistentes en el sentido correcto. Nos referimos, por ejemplo, a la dación de normas como el Decreto Supremo N° 007-2006-MIMDES, por el que se aprueba la Relación de Trabajos y Actividades Peligrosas o Nocivas para la Salud Física o Moral de las y los Adolescentes, al Decreto Supremo N° 008-2005-TR, que aprueba el Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2002-PROMUDEH, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021 -PNAIA 2012-2021, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2012-MIMP, la Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, 2012-2021-ENPETI, aprobada por Decreto Supremo N° 015-2012-TR, así como a la aprobación de leyes como la 28251, que establece políticas y penas para combatir la explotación sexual de infantes y adolescentes, y la adopción de programas como Projoven o Construyendo Perú, implementados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que fomentan el incremento del empleo legal entre los más jóvenes.

A estos esfuerzos, se suman los del sector educación, que mediante R.S. N° 001-2007-ED, aprobó el Proyecto Educativo Nacional al 2021, que contiene acciones que permitirían combatir ciertos aspectos relacionados con el ausentismo y la deserción escolar, efectos importantes del incremento de trabajo infantil. Sin embargo, acepta que el Estado, a través de su política educativa, “(...) *no ha logrado reconocer en toda su dimensión a un sector tan vulnerable como el de la niñez trabajadora*”⁽¹⁴⁾. Adicionalmente, se ha creado, dentro de la Ley General de Educación, Ley N° 28044, denominada Educación Básica Alternativa (EBA, reglamentada por Decreto Supremo N° 015-2004-ED), la cual admite a niños desde los 9 años que no han podido ingresar al sistema de Educación Básica Regular. Por otro lado, el Plan Nacional de Prevención y Erradicación de Trabajo Infantil (2006-2010) tuvo entre sus metas que, por lo menos 50 % de las municipalidades distritales del

(13) Ídem.

(14) Proyecto Educativo Nacional al 2021: La educación que queremos para el Perú, p. 53.

país, cuenten con un registro de trabajo infantil en el que se pueda identificar a menores con trabajos riesgosos. No hemos ubicado los resultados de la aplicación de estas medidas.

Pero ¿cuál es la causa principal de una situación como la bosquejada en los párrafos precedentes? De acuerdo con el INEI y la UNICEF, el trabajo infantil en el Perú está asociado principalmente con los altos niveles de pobreza. De acuerdo con ese estudio, el 39 % de los niños que trabaja pertenece al estrato de pobreza extrema, el 22 % a los pobres no extremos y el 20 % a las familias no pobres.⁽¹⁵⁾ Sin embargo, pese a que este es un factor importante, no es el único a considerar, pues, por ejemplo, en el caso de extrema pobreza, existe 61 % de niños que no trabaja y en el caso de familias no pobres, existe 20 % de niños trabajadores, cuando no sería del todo indispensable su participación en la economía familiar.

Consideramos que otro factor que contribuye a este fenómeno en el Perú es el cultural. La población, principalmente en los Andes, considera al trabajo infantil como algo positivo, que permite formar la personalidad de los niños. Es decir, no solo lo ven como conveniente, desde el punto de vista económico, sino que también, consideran que es una situación correcta y, a veces, hasta necesaria, pues les permite aprender un oficio u ocupación, alejándolos de situaciones indeseadas. Si añadimos a esto problemas de cobertura, en cuanto a infraestructura escolar y a calidad de la educación, reflejados en bajos niveles internacionales obtenidos por alumnos peruanos, tenemos factores que repercuten en el crecimiento del fenómeno. Para qué va el hijo a la escuela, si lo que recibe no sirve de nada o de muy poco.

Asimismo, ha existido un aparente bajo interés o poca capacidad del Estado para resolver problemas relacionados con el trabajo infantil y con sus causas. Esto nos da un cuadro más cercano de los fundamentos del problema. Sin embargo, estos factores coadyuvantes al de la pobreza no son tomados en consideración, ni siquiera por la sociedad civil. En un estudio realizado por la OIT en el 2006, con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional y el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sobre una muestra de 1604 personas a nivel nacional, se obtuvo como resultados que 60 % de los entrevistados considera a la pobreza y a la precariedad, como generadoras de la necesidad de que todos los miembros de una familia

(15) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA Y EL FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *El estado de la niñez en el Perú*. 2004, p. 59.

trabajen, incluyendo a los niños⁽¹⁶⁾. Ahora, vistas las posibles causas del fenómeno, debemos analizar sus posibles consecuencias.

Una de las secuelas más graves del trabajo infantil, la encontramos en el nivel de estudios de la población. Según el Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, uno de cada cinco menores de edad entre los 6 y 17 años, no llega a estudiar. En la faja etaria de entre 14 y 17 años de edad, 41 % de los niños que trabaja, no asiste a la escuela; mientras que, entre quienes no trabajan, es 13 %. Es decir, existen tres veces más posibilidades de deserción escolar entre un niño que trabaja y uno que no desempeña labor alguna⁽¹⁷⁾. En la encuesta mencionada, 67,9 % de los encuestados, considera que el trabajo infantil influye negativamente en el desempeño escolar y 16,1 % lo considera factor muy negativo que influye en la ineficiencia del alumno en la escuela⁽¹⁸⁾.

Al analizar la tasa de asistencia escolar, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Hogares 2011, según la condición de actividad de los niños, se verifica que tanto para el grupo de 6 a 13 años, como para los adolescentes de 14 a 17 años, la asistencia escolar se reduce cuando trabajan. Esta disminuye de 96,1 % a 90,8 % entre los niños de 6 a 13 años, si el infante combina estudio y trabajo. En los adolescentes el caso es aún más grave: pues la asistencia escolar se reduce más de 20 % cuando pasan de dedicación exclusiva al estudio a la combinación entre estudio y trabajo.

Si a esto sumamos los resultados de retraso escolar, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Hogares de 1999, entre los niños trabajadores que tienen entre 14 y 17 años, el 49 % tiene retraso escolar, porcentaje que disminuye a 32 % entre quienes no trabajan. En la del 2011, la misma encuesta arrojó los siguientes números:

(16) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EL FONDO EDITORIAL DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Trabajo Infantil. Estudio de Opinión Pública en el Perú*. Resumen, p. 11.

(17) Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, pp. 19 y 23.

(18) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EL FONDO EDITORIAL DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. Ob. cit., p. 11.

DERECHOS LABORALES EN GENERAL

Trabajo infantil y rezago escolar, por género y dominio geográfico												
Rezago escolar / rangos de edad	No trabajan						Trabajan					
	Niño			Niña			Niño			Niña		
	Rural	Urbano	Total	Rural	Urbano	Total	Rural	Urbano	Total	Rural	Urbano	Total
[6-13 años] (en miles)												
Sin rezago	264	286	1221	1484	1231	1517	196	116	311	159	99	258
Con rezago	115	256	371	102	214	316	109	29	139	98	26	124
Total	378	1477	1856	388	1445	1832	305	145	450	257	125	382
[14-17 años] (en miles)												
Sin rezago	64	490	554	81	572	653	120	152	271	94	126	220
Con rezago	71	232	304	65	181	245	119	87	206	78	51	129
Total	135	723	858	146	752	898	238	239	477	172	177	349
Porcentaje con rezago escolar												
[6-13 años]	30,3	17,4	20,0	26,4	14,8	17,2	35,8	20,2	30,8	38,1	21,0	32,5
[14-17 años]	52,8	32,2	35,4	44,2	24,0	27,3	49,9	36,5	43,2	45,4	28,6	36,9

Estas cifras son preocupantes. Una de las principales inversiones del país debe ser la educación. Los niños que trabajan no están debidamente preparados para ser competitivos laboralmente a futuro, limitando sus posibilidades de acceder a mejores opciones de trabajo. Esto mantiene e incluso empeora los niveles de pobreza de la nación. En el corto plazo, genera ingresos a las familias, pero las condena a mantener las mismas condiciones de necesidad, alimentando el círculo vicioso. Las consecuencias para nuestro país también son contrarias. No solo limitan las posibilidades de éxito del individuo, sino el grado de competitividad nacional: mano de obra no calificada, no se adapta a las necesidades de un mercado moderno y competitivo. Igualmente, reduce las posibilidades de mejora económica del país, incluyendo posibles inversiones de alta tecnología que requiera personal calificado. Con mejora en la calidad de la educación, los niveles de asistencia y el rendimiento estudiantil suben se obtienen trabajadores mejor calificados, que podrán afrontar mejor los retos del mercado global. La mejora de los niveles remunerativos, influye positivamente en el mercado y se convierte en un factor adicional de progreso.

Ejemplo interesante de la trascendencia de la educación en el proceso de mejora de la capacidad económica de un país es el caso de Singapur. Es un país de 657 km², con una población de 5 353 494 habitantes, con un ingreso per cápita de US\$ 52 000 al año, noveno en el mundo (por encima de

EE. UU.). ¿Cómo hizo para convertirse en una economía líder a nivel mundial, en un tiempo relativamente corto? Según el periodista Andrés Oppenheimer en su libro *Basta de historias*, se debió a la educación y a la inversión que el Estado hizo en ella. De acuerdo con la OIT, “*Cuando se consideran conjuntamente la tasa de trabajo infantil y el gasto público per cápita en educación, hay una fuerte correlación negativa, con un coeficiente de -0,62. Es clara entonces la importancia de este gasto para la reducción del trabajo infantil*”⁽¹⁹⁾.

Otro factor importante que incide es el gasto social: hasta qué punto se satisfacen las necesidades básicas de la población y cómo su desatención influye en el incremento de la pobreza y en el trabajo infantil. El mismo estudio de la OIT evidencia que en el año 2000 nuestro país tenía el índice de trabajo infantil más alto en la región y una inversión en gasto social per cápita inferior a US\$ 200,00, mientras que Costa Rica y Chile, tenían un bajo porcentaje de niños entre 5 y 14 años trabajando y un gasto social per cápita cercano a US\$ 800,00.

Adicionalmente, un aspecto negativo vinculado con el trabajo infantil es el de la salud, principalmente en las conocidas como peores formas de trabajo infantil, dentro de las que están, por ejemplo, la trata sexual, en que personas inescrupulosas extraen a niños de sus hogares en provincias, enviándolos a las grandes ciudades con promesas falsas para utilizarlos en el ilegal negocio de explotación sexual. Un caso emblemático sucede en Iquitos. Un análisis realizado por la Corte Superior de Justicia de Loreto en octubre de 2005⁽²⁰⁾, arrojó las siguientes escalofriantes cifras:

Delito	INDICADORES ADM.			AGRAVIADO					
	Nº CASOS DENUNCIADOS	Nº DE CASOS EN PROCESO	Nº DE CASOS SENTENCIADOS	MUJER			HOMBRE		
				0-6 AÑOS	6-12 AÑOS	12-17 AÑOS	0-6 AÑOS	6-12 AÑOS	12-17 AÑOS
Violación sexual	38	37	53		3	20	2		
Violación sexual por menor de 14 años	103	82	317	27	112	176	4	21	14
Actos contra el pudor	23	17	55	9	23	17	5	6	

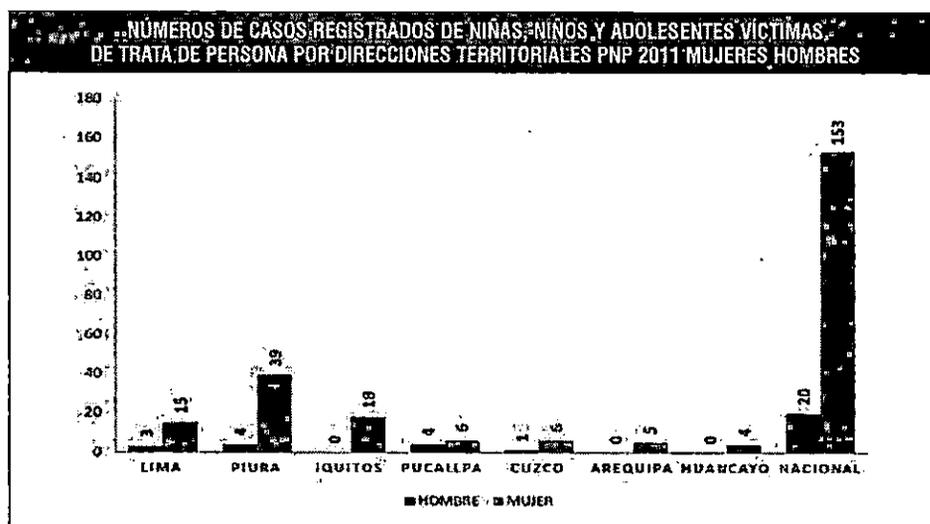
(19) PROGRAMA INTERNACIONAL PARA LA ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL DE LA OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ob. cit., p. 23.

(20) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Situación de la Aplicación de la Ley Nº 28251, para el Combate a la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes*, p. 33.

DERECHOS LABORALES EN GENERAL

Contra el pudor por menores	30	20	29	2	19	11	1	1	
Trata con fines de esclavitud sexual	1		1						

Es más que inquietante pensar en que estas cifras pueden ser más graves si se analizan las del país en conjunto. La utilización, captación u oferta de niños para ejercer la prostitución o para participar en actividades pornográficas están entre las peores formas de explotación infantil. Supone anular los derechos fundamentales, la dignidad, la autonomía y el bienestar físico y mental de los niños. Es duro, pero en ciertos casos, el intermediario es uno de los padres o un miembro de la familia, que obliga a los niños a relaciones sexuales con adultos a cambio de dinero o de sustento para la familia. La explotación infantil no solo altera psicológicamente al menor, creando taras muy difíciles de superar, sino que también pone en alto riesgo la salud física del mismo, como resulta evidente. Veamos las estadísticas policiales al respecto:



Fuente: RETA.- Registro y Estadística del Delito de Trata de Personas y Afines -PNP2011

Sin embargo, no es la única forma de explotación que pone en riesgo la salud de los menores involucrados. En la minería artesanal sucede algo similar. De acuerdo con el Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, se creía, en números gruesos, que cerca de 50 000 niños participaban en esta actividad, principalmente en Madre de Dios, Puno,

Ayacucho, Ica, La Libertad y Arequipa⁽²¹⁾. En estos casos, no solo se está expuesto a insumos químicos, como el arsénico en los lavaderos de oro, sino de gases y polvillo en las minas en socavón, que generan enfermedades e incapacidades permanentes por enfermedades como los distintos tipos de neumociosis, entre las que se encuentra también la silicosis.

Son actividades igualmente riesgosas como la elaboración de ladrillos, la de trabajo doméstico, el reciclaje de basura, con las obvias consecuencias de estar en contacto con desechos de todo tipo⁽²²⁾; la venta ambulatoria o las piruetas que realizan en los cruceros peatonales, en las que no solo están en contacto permanente de focos de contaminación sino que también en riesgo real de sufrir accidentes de tránsito o ser objeto de agresiones física o morales, entre otras.

Sin embargo, a pesar que la lógica, nos ayuda a intuir cuáles son las probables consecuencias del trabajo infantil dentro del desarrollo del menor. No hay un estudio profundo que determine no solo el impacto desde el punto de vista de la salud física, sino también desde la salud mental del menor. La encuesta a la que hicimos referencia previamente⁽²³⁾, muestra un cuadro sobre cuáles creen que son las consecuencias del trabajo infantil, desde el punto de vista de los encuestados. Los resultados son bastante reveladores:

¿CREE USTED QUE EL TRABAJO DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS TIENE CONSECUENCIAS MUY POSITIVAS, POSITIVAS, NEGATIVAS O MUY NEGATIVAS EN LOS SIGUIENTES ASPECTOS? Porcentajes horizontales						
Aspectos	Muy Positivas	Positivas	Negativas	Muy Negativas	No Precisa	Total %
El desarrollo de la personalidad	2.2	37	44.1	8.6	8.1	100
La formación de valores morales	1.6	32.5	49.3	9	7.6	100
El desarrollo de la personalidad	0.9	12.4	67.9	16.1	2.7	100
La salud y la seguridad	0.6	9.4	72	14.8	3.2	100

(21) Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010. Ob. cit, p. 22.

(22) Basta recordar la afamada obra del escritor peruano Julio Ramón Ribeyro *Los gallinazos sin plumas*.

(23) Oficina Internacional del Trabajo, Agencia Española de Cooperación Internacional y el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

3. Qué hacer ante este fenómeno

En algunos países, como Francia, la asistencia a la escuela no es solo obligatoria en la norma, sino que el Poder Judicial tiene la posibilidad de obligar a los padres a enviar a sus hijos a las escuelas. Portugal, por su parte, ha desarrollado un programa que comprende varias etapas:

- La ubicación de los niños que trabajan cuando deberían estar estudiando.
- La sensibilización de los padres así como del propio menor.
- La posibilidad de que el menor pueda ser incluido en programas laborales legales, con apoyo del sector privado.

En Turquía, con apoyo del Banco Mundial, se ha llevado la escuela a los centros de trabajo, permitiendo al menor, continuar sus estudios sin tener que desplazarse. Asimismo, en otros países, se brinda al menor, apoyo en la salud física y mental, es especial en los casos de peores formas de explotación infantil, como sucede en Filipinas y Sri Lanka.

Como vimos previamente, en nuestro país se han dado pasos desde el punto de vista legislativo para favorecer a la niñez y evitar que se presenten situaciones de trabajo infantil, principalmente los relacionados con las peores formas de explotación. El Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, contenía acciones que permitirían mejorar nuestros actuales índices en este ámbito, tales como brindar una mayor y mejor educación, entrando dentro del concepto de Naciones Unidas de "Educación para Todos"; sensibilizar de la sociedad, a través de los diversos actores, buscando que se vea al trabajo infantil como un problema; permitir el acceso universal a la educación, ampliando la cobertura escolar; registrar en los municipios, en coordinación con las Unidades de Gestión Educativa Locales, los casos de deserción escolar; crear un mayor número de Defensorías Municipales del Niño y del Adolescente, en las municipalidades; hacer un monitoreo continuo de la calidad de la educación; priorizar la atención de los programas de empleos temporales en familias localizadas en zonas de extrema pobreza, priorizando los casos en los que la cabeza de la familia sea una mujer con hijos menores de 15 años; atender oportunamente las denuncias de explotación infantil; buscar el apoyo de los medios de comunicación para la difusión de todos los temas relacionados con el trabajo infantil.

Como se aprecia, hubo diversas líneas de acción que buscaban disminuir, si no eliminar, el trabajo infantil en el Perú. Este plan fue aprobado mediante

Decreto Supremo N° 008-2005-TR, publicado el 30 de septiembre de 2005. A la fecha de elaboración del presente artículo, no vimos grandes progresos dentro de este campo. El problema de la educación para todos sigue siendo un tema pendiente, ni qué hablar de su calidad, a todo nivel, primario y secundario e inclusive en algunos centros de estudios superiores (públicos y privados). Asimismo, no hubo campañas masivas de sensibilización sobre el problema del trabajo infantil, ni grandes esfuerzos para impedir su avance, salvo limitados esfuerzos de la Iglesia y de la Sociedad Civil.

La actual Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, 2012-2021, contiene ejes de acción, como los tuvo el plan 2005-2010.

- Eje 1: Pobreza. Incrementar el ingreso promedio de las familias pobres, con niños, niñas y adolescentes en riesgo, o en trabajo infantil, de modo sostenible.
- Eje 2: Educación y uso del tiempo libre. Incrementar la conclusión oportuna de la educación básica y el uso creativo del tiempo libre de los niños, niñas y adolescentes,
- Eje 3: Tolerancia social. Reducir la tolerancia social al trabajo infantil.
- Eje 4: Condiciones de trabajo. Mejorar las condiciones laborales del trabajo adolescente permitido.
- Eje 5: Protección. Incrementar y fortalecer servicios de detección, protección y sanción frente al trabajo infantil peligroso y la explotación infantil y adolescente.
- Eje 6: Información y conocimiento (eje transversal). Identificar el trabajo infantil y generar información y conocimiento.

Consideramos que no solo deben expedirse normas que permitan dar una impresión de que se cumplieron las obligaciones. No solo hagamos planes sobre estrategias de lucha contra la pobreza o de objetivos de desarrollo del milenio. Deseamos que este nuevo intento llegue a buen puerto y, además, se pueda difundir sus resultados, sean parciales o finales.

A modo de conclusión, como parte de la sociedad, debemos sensibilizar a nuestro entorno sobre este problema. Empleadores, sindicatos y demás trabajadores, tienen un papel fundamental, sea en la acción directa o en la indirecta (difusión). Los medios de comunicación deben comprometerse masivamente

a sensibilizar a la población, sin buscar otra retribución que la satisfacción de participar en la solución del problema. Se deben aplicar las estrategias, sin tratar de revisarlas nuevamente. Asimismo, seamos difusores de los éxitos obtenidos dentro de este ámbito. Nuestra sociedad requiere buenas noticias y las informaciones sobre los avances en esta lucha son indispensables. Recordemos que cualquier mejora en nuestros índices dentro este campo repercutirá en un mejor futuro para nuestra población y en una mayor consolidación social y también económica de nuestro país.

Derecho laboral

Trabajo infantil en el Perú

Luigino Pilotto Carreño

1. A modo de introducción

Históricamente, en el Perú el trabajo infantil ha sido visto o ha querido ser visto como una forma de coadyuvar en la economía familiar e inculcar en los niños la costumbre del trabajo, a fin de alejarlos de las malas influencias.

Con ese tipo de pretextos se han cometido actos que podrían ser considerados atentatorios de los derechos de esos mismos niños, pues no solo se les dificulta un desarrollo regular, porque adoptan conductas que no son propias de su edad, sino que se les aleja, incluso, de los centros de instrucción.

En múltiples ocasiones —sobre todo en regiones muy alejadas, donde los índices de pobreza son mayores—, niños y niñas se ven afectados por el desempeño de largas jornadas, a veces nocturnas o riesgosas, para las cuales no están preparados ni física ni psicológicamente. No solo nos referirnos a jornadas laborales en el campo —donde realizan faenas agropecuarias que no son propias para ellos—, sino también a labores mineras —donde establecen contacto con sustancias altamente tóxicas—, como las de los lavaderos de oro de Madre de Dios o la elaboración de ladrillos en Lima, entre muchos otros casos que la prensa local ha resaltado en los últimos años.

Algunos de ellos están tan cerca de nosotros, y no nos damos o no queremos darnos cuenta; por ejemplo: los niños que piden limosna o venden caramelos en las calles y los que limpian los vidrios de los automóviles o ayudan a vender o a transportar productos en los mercados. Parte de ellos puede estar inmersa, incluso, en el submundo de la prostitución infantil o el tráfico ilícito de drogas. Sin ir muy lejos, en nuestras propias casas podemos encontrarlos desarrollando labores domésticas.

De acuerdo con el artículo I del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad...". Según el censo poblacional del 2005, en el Perú existen, en esa franja etaria, 8.123.940 personas. Si este dato lo cotejamos con lo señalado por el presidente del Comité para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil del Ministerio de Trabajo, Luis Jacobs, el 21 de junio del 2009, de que unos dos millones de niños trabajan en el país, la mayoría en el sector rural, podemos darnos cuenta de la magnitud del problema.

Un ejemplo de esta situación puede apreciarse en un estudio realizado por el Centro de Estudios Sociales y Publicaciones (Cesip) y la Municipalidad Metropolitana de Lima, en un universo cercano a 7.000 menores, de edades que fluctúan entre los 8 y 14 años y que trabajan en el Cercado: el 95% tiene, en promedio, tres años de atraso escolar, y el 30% no ha empezado aún el colegio.

Confrontados estos datos con las tasas nacionales de inasistencia escolar (7% en niños de 6 a 11 años, y 29 % en adolescentes de 11 a 16 años) y de repetición de año escolar (14% anual; datos, ambos, de la Encuesta Nacional de Hogares 2006), podemos concluir que varios miles de niños y adolescentes tienen que sacrificar el estudio por el trabajo.

Deducimos que, conforme a datos brindados por el propio Estado, alrededor del 25% de la población infantil del Perú trabaja y, como consecuencia de ello, no accede a la educación, lo que plantea algunas interrogantes acerca del presente que les damos a nuestros hijos, ¿cuál será el futuro al que podrán aspirar? Y si ellos son el futuro del país, ¿qué podemos esperar más adelante?

Ciertamente, los padres de los niños que trabajan pueden ofrecer diversas razones en sustento de esta realidad, como pobreza, ruptura del núcleo familiar, hogares de padres separados o fallecidos, migración

del campo a la ciudad, entre otras. Sin embargo, la pregunta es: ¿qué hacemos, como sociedad, para evitar que estas situaciones se presenten?

Nuestra principal inversión para el futuro es nuestra población; en especial, los niños que la integran. Así lo entienden los países desarrollados y también los que buscan salir del subdesarrollo. Lo que se pueda emplear en mejorar sus condiciones no son gastos, sino inversiones para el futuro, tanto para su bienestar individual como para el de todo el país.

Eso se desprende en forma muy clara de un estudio sobre el trabajo infantil en diecinueve países iberoamericanos —entre ellos el Perú—, realizado por la Oficina Internacional de Trabajo (OIT). Allí se concluye que si se invierte dándoles educación a los niños, acceso a los sistemas de salud e impidiendo, cuando menos, las peores formas de trabajo infantil, se podría conseguir un beneficio económico neto que podría superar los 235.000 millones de dólares en dichos países durante los próximos veinte años.

Es decir, lo que se invierte en nuestra niñez y en nuestra juventud revierte con creces a la economía del país.

2. Conceptos básicos

Para la OIT, trabajo infantil es

... toda actividad laboral que “es física, mental, social o moralmente perjudicial o dañina para el niño, e interfiere en su escolarización privándole de la oportunidad de ir a la escuela; obligándoles a abandonar prematuramente las aulas o exigiendo que intente combinar la asistencia a la escuela con largas jornadas de trabajo pesado” (OIT, 1999). Por lo tanto, es todo aquel trabajo que “priva a los niños de su infancia, de su potencial y de su dignidad” (OIT, 1999).

De esta forma, no todos los niños, niñas y adolescentes que realizan “quehaceres para el propio hogar” desempeñan trabajo infantil propiamente tal.¹ ✓

¹ SILVA GÚTRALDES, María Jesús. *Niñas, niños y adolescentes: los riesgos de un trabajo invisible para el propio hogar*. Santiago: Oficina Internacional del Trabajo, 2005, p. 13.

Esta definición resulta tan clara y cruda que nos enerva de cualquier comentario posterior.

Para comprender el ámbito de aplicación de este concepto se debe tener presente el Convenio 182 de la OIT, sobre eliminación del trabajo infantil y protección de los niños y de los adolescentes, el que en su artículo 2 determina que niño es toda persona menor de 18 años, es decir, que pertenece a un ámbito mayor al contemplado por nuestras normas internas. Este convenio ha sido ratificado por el Perú desde el 10 de enero del 2002 y, por lo tanto, es parte integrante de nuestra legislación.

El artículo 3 del mismo convenio considera que la expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarca:

- a) Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) 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 pertinentes; y
- d) El trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.²

Por otro lado, el Convenio 138 de la OIT, sobre la edad mínima, ratificado por el Perú el 13 de noviembre del 2002, establece en su artículo 7 la definición de trabajo ligero, entendiéndose por tal aquella labor que no perjudique la salud ni el desarrollo del niño y que le permita asistir

² Convenio 182, artículo 3, en <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>>

a la escuela o a los sistemas de enseñanza que establezca cada Estado, incluyendo sistemas de formación profesional. Como se puede desprender de esta definición, así se traten de sistemas de aprendizaje o formación, los jóvenes no pueden realizar trabajos peligrosos, pues estos atentan contra su salud y desarrollo. Este concepto se sustenta también en la Convención sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ratificado por el Perú el 5 de setiembre de 1990, que dispone: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”.³

Conceptos como los esbozados, comprendidos en las normas jurídicas (convenios y recomendaciones aprobadas por la OIT, y legislaciones nacionales), ofrecen una base legislativa primaria para todas las acciones relativas al trabajo infantil, y trazan una clara línea entre las formas de trabajo infantil que son aceptables para las sociedades y aquellas que no lo son. Dichas definiciones jurídicas son importantes para determinar las medidas de cumplimiento, pues proporcionan una base para que las autoridades competentes actúen en caso de infracción y determinen las sanciones a quienes resulten responsables.

Sin embargo, no es todo lo que se puede hacer al respecto. El Estado tiene además otros roles preponderantes en la solución de este problema.

En el 2007, la OIT realizó un trabajo de “Recopilación de las respuestas políticas y legislativas modernas al trabajo infantil”, que reúne una serie de políticas que diversos países han adoptado para establecer los límites de lo permitido y lo no permitido dentro de la esfera del trabajo infantil.

Así, puede verse que no solo existen limitaciones relacionadas con la edad del menor y el tipo de trabajo que puede realizar, sino con el tema del consentimiento de los padres, la capacitación previa que los menores deben recibir, las facultades que se deben otorgar a los medios de

³ Convención sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas, artículo 32, en <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm>

inspección laboral y a la policía nacional para combatir las trasgresiones a las normas, entre otros aspectos que son interesantes resaltar.

Por otro lado, como una forma de paliar el problema, la Organización Regional Interamericana de Trabajadores de la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (ORIT/ CIOSL)⁴, en un documento denominado Plan Continental para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2009, estableció un cronograma de actividades específicas que coadyuvaran con este fin, para que se desarrolle en dos etapas, buscando coadyuvar en la eliminación del trabajo infantil en la región.

Entre dichas actividades se encuentra la instalación del tema en la agenda sindical, la capacitación y formación de cuadros dirigentes en el tema, la recopilación y difusión de experiencias, la organización y fortalecimiento de espacios de atención del problema en el ámbito local, entre otras. Sería conveniente conocer de manera más amplia cuáles han sido los avances en la materia.

3. La problemática en América Latina

El trabajo infantil en Latinoamérica es, por cierto, un problema de gran magnitud, que tiene sus raíces en múltiples causas de tipo económico, social o cultural que, sin embargo, no son las únicas. La escasa capacidad nacional y regional para formular políticas que permitan combatir esta lacra, y el aparente desinterés en aplicarlas cuando estas existen, hacen que se complique aún más el panorama.

Como consecuencia de lo señalado, la mayor parte de los estados de América Latina no consideraron la lucha para la erradicación del trabajo infantil como un objetivo estratégico de desarrollo nacional. Se pueden apreciar importantes debilidades en temas de capacitación y educación, de coordinación y articulación de las políticas que se deberían

⁴ Cabe precisar que la ORIT/ CIOSL apoyó en la creación de la Coordinadora de Centrales Sindicales Andinas el 26 de noviembre del 2006, en Lima. En esta última participaron, por el Perú, la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), la Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT) y la Confederación de Trabajadores del Perú (CTP).

adoptar, llegando incluso a encontrarse contradicciones normativas. A lo anterior se suman dificultades en el control de las normas a través del sistema de inspección laboral o de la policía nacional, de ser el caso. Todo esto lleva a considerar que la información que se tiene sobre el ámbito del problema es poco fiable en toda la región.

Según las proyecciones contenidas en el Informe Global de la OIT: "La eliminación del trabajo infantil: un objetivo a nuestro alcance", para el año 2004, se estimaba que el 5,1% del total de niños y niñas entre los 5 y 14 años participaba en actividades económicas.

Cuando las estadísticas se enfocan en la franja de 5 a 17 años esta proporción crece de manera sorprendente, llegando hasta el 20% de los niños de la región ubicados en esa franja, de los cuales 18,5 millones desarrollan trabajos que deberían ser abolidos para ellos, es decir, 13% del total de niños de la región.⁵

Esta situación, es obvio, no solo genera repercusiones en los propios niños y adolescentes y sus familias, sino también compromete el futuro de nuestros países. Decimos esto porque tres de cada cuatro niños que trabajan abandonan los estudios. Si tomamos las últimas estadísticas de la OIT y consideramos este segundo factor, también otorgado por la misma entidad,⁶ podemos darnos cuenta de la magnitud real del problema, pues cuando menos cerca de 21 millones de niños dejan la escuela en América Latina y el Caribe.

La labor para la eliminación del trabajo infantil y de las peores formas de explotación de los niños en los plazos previstos por esta entidad (año 2015) pasa por una acción coordinada entre el Estado y la propia sociedad civil, representada tanto por las organizaciones de los trabajadores, empleadores y demás componentes de esta. Es decir, al igual como se dice respecto de la defensa civil, esta también "es tarea de todos".

En el estricto ámbito laboral, los sindicatos se encuentran dentro de la esfera inmediata de control para el cumplimiento de cualquier norma

⁵ Oficina Internacional del Trabajo. Panorama Laboral 2004. *El trabajo infantil por abolir en América Latina y el Caribe*. Costa Rica, 2004, p. 73.

⁶ En <<http://white.oit.org.pe/ipec/pagina.php?seccion=23&pagina=190>>.

y condiciones de trabajo. Esto podría permitir la prevención de abusos laborales contra los niños y adolescentes. Asimismo, su calidad de organismos representativos de los trabajadores, con un sistema funcional determinado, permite educar a los demás trabajadores en la importancia del tema, así como en la necesidad de ofrecer una adecuada educación a sus hijos.

Incluso, a través de los mecanismos de negociación colectiva se puede pactar la prestación de ciertos servicios, como becas escolares, guardería infantil, entre otros, que permitan reducir el impacto de las condiciones de necesidad económica que coadyuvan al ingreso temprano de niños en la actividad laboral.

Por su parte, los empleadores tienen también un rol directo y trascendente en la prevención y eliminación del trabajo infantil. Esta función no puede ni debe quedar en meras declaraciones de intención, sino que deben generarse verdaderos compromisos que creen una barrera que impida a los menores de edad acceder al trabajo, sobre todo al relacionado con las peores modalidades de explotación infantil.

Es cierto que una participación parcial de los empleadores permite la determinación de políticas, la identificación de sectores que utilizan mano de obra infantil, el desarrollo de programas de formación profesional, entre otras actividades; pero también lo es que de no existir un verdadero compromiso de todo el empresariado, será muy difícil poder lograr avances significativos en la lucha contra este mal, máxime si consideramos las deficiencias que tienen los Estados latinoamericanos y del Caribe en sus actuales sistemas de control (inspecciones laborales o intervenciones policiales), los cuales, por falta de recursos adecuados, no tienen la cobertura necesaria para satisfacer los requerimientos de una supervisión completa.

4. Análisis situacional de la realidad nacional

Para conocer cuál es el alcance de la problemática del trabajo infantil en el Perú, es necesario primero acudir a algunas cifras que nos muestren de manera más objetiva de qué se está hablando.

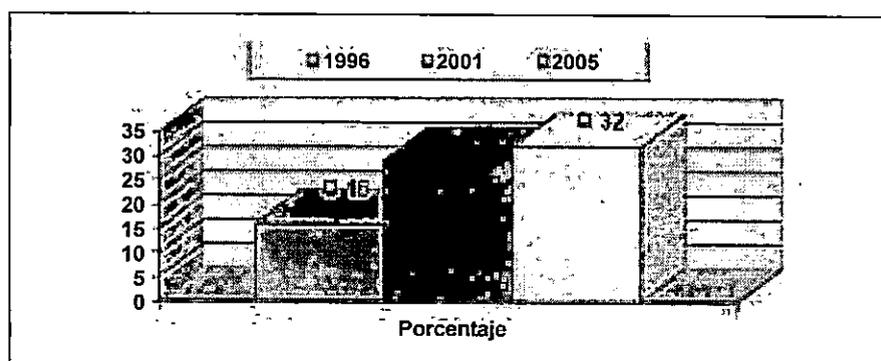
4.1 Algunas cifras sobre nuestra realidad

Los números, en el caso peruano, no son de los más halagüeños. El Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010,

sustentado en la Encuesta Nacional de Hogares sobre condiciones de vida y pobreza (Enaho) de los años 1996, 2001 y 2005, nos muestra la siguiente evolución en cuanto a porcentaje de niños trabajadores de entre 6 y 17 años:

Año	Porcentaje
1996	16
2001	29
2005	32

Como se puede apreciar en el gráfico adjunto, los datos del cuadro revelan la tendencia al alza de dicho porcentaje en los últimos años, el cual se duplica en el 2005 en comparación con el de 1996.



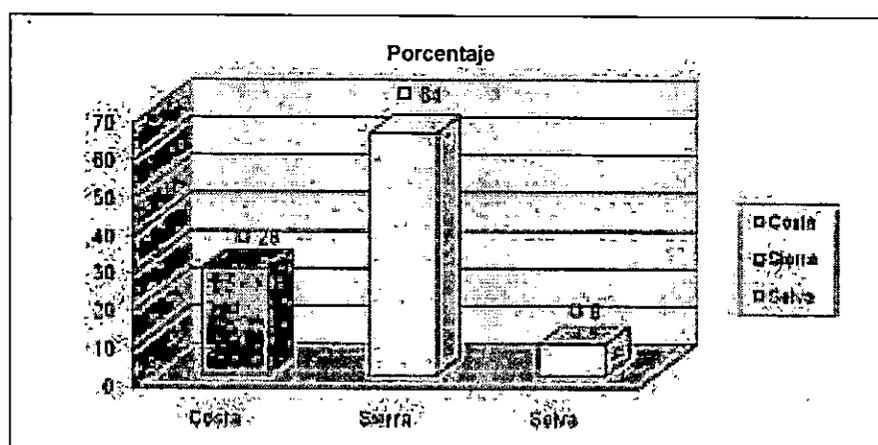
En las cifras mencionadas, el 54% corresponde a los varones y el 46% a las mujeres; es decir, casi hay equiparidad entre géneros, no existiendo preferencias en cuanto a la incorporación laboral prematura.

Desde el punto de vista de distribución en áreas de residencia (campo y ciudad), puede observarse la siguiente evolución:

Año	Población rural	Población urbana
1996	67	33
2001	70	30

Como se aprecia, en los años de la muestra la distribución rural-urbana se mantiene prácticamente en los mismos niveles de 1996, con un muy ligero incremento en la población rural. De este porcentaje, el 92% de los niños que se encuentran entre los 6 y 13 años se dedican a labores de pastoreo.

La distribución por área geográfica es la siguiente:



Ahora bien, si no se puede negar que existen cifras sobre el tamaño del problema —las cuales por sí mismas ya resultan preocupantes—, también es verdad que hay ciertas dudas sobre su certeza, pues existen zonas poco accesibles o visitadas, como pueblos alejados de las ciudades, asentamientos mineros clandestinos e, incluso, casas —de ciudades— en las que se realiza trabajo doméstico, que no son fáciles de contabilizar. Por ello, sugerimos tomar aquellas cifras como mera referencia de un problema que muy probablemente sea mayor que el que reflejan.

De acuerdo con la OIT, el Perú tiene, en la franja de 5 a 11 años, el más alto porcentaje de niños trabajadores de la región: 20,7%, seguido de Bolivia (15,6%) y República Dominicana y Ecuador (11,4% y

⁷ Oficina Internacional del Trabajo. Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil. *Trabajo infantil: causa y efecto de la perpetuación de la pobreza*. Costa Rica, setiembre del 2007, p. 14.

10,1%, respectivamente).⁷ Nuestra aseveración se sustenta en la encuesta del año 2001, referida párrafos atrás.

La publicación de la OIT expresa también que “Entre la población de 12-14 años, Guatemala presenta la mayor tasa de trabajo infantil (34,5%), seguido de Bolivia (29,8%), y este último, muy de cerca, por Perú y Ecuador (28% en cada uno). Luego aparecen Paraguay, República Dominicana, Honduras y Nicaragua, con tasas entre 20% y 25%”.⁸

4.2 Algunas precisiones sobre el caso peruano

Consideramos que en el Perú aún no se ha abordado el problema de manera seria, a pesar de que se han adoptado pasos consistentes en el sentido correcto: nos referimos, por ejemplo, a la dación de normas como el Decreto Supremo 007-2006-MIMDES, que aprueba la “Relación de trabajos y actividades peligrosas o nocivas para la salud física o moral de las y los adolescentes”; el Decreto Supremo 008-2005-TR, que aprueba el Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010; el Decreto Supremo 003-2002-PROMUDEH, que aprueba el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia; leyes como la Ley 28251, que establece políticas y penas para combatir la explotación sexual de infantes y adolescentes; y la adopción de programas como Projoven o Construyendo Perú, del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que fomentan el incremento del empleo legal entre los más jóvenes.

A estos esfuerzos se suman los del sector educación, que mediante Resolución Suprema 001-2007-ED aprobó el Proyecto Educativo Nacional al 2001, que contiene una serie de acciones que podrían permitir combatir aspectos relacionados con el ausentismo y la deserción escolar, factores importantes en el incremento del trabajo infantil. En el proyecto se admite que el Estado, a través de su política educativa, “no ha logrado reconocer en toda su dimensión a un sector altamente vulnerable como el de la niñez trabajadora”.⁹

⁸ *Ibíd.*, p. 14.

⁹ Consejo Nacional de Educación. Ministerio de Educación. *Proyecto Educativo Nacional al 2021. La educación que queremos para el Perú*. Perú, noviembre del 2006, p. 53.

También se ha creado, dentro de la Ley General de Educación, Ley 28044, la denominada Educación Básica Alternativa (EBA, reglamentada por Decreto Supremo 015-2004-ED), la que admite a niños, desde los 9 años, que no han podido ingresar al sistema de educación básica regular.

Sería conveniente que de manera pública se pueda informar a la sociedad acerca de si algunos de los objetivos a corto plazo, planteados en este amplio documento, se han concretado. Esto no solo permitiría un seguimiento de la sociedad civil respecto de lo planeado por el Estado, sino que proporcionaría la certeza de que algo se está haciendo en el sentido correcto.

Una de las metas del Plan Nacional de Prevención y Erradicación de Trabajo Infantil 2005-2010 es que por lo menos el 50% de las municipalidades distritales cuente con un registro de trabajo infantil, que serviría para identificar a menores con trabajos riesgosos. La sociedad, ante la ausencia de difusión de los posibles resultados obtenidos, no conoce de avances en este aspecto.

Ahora bien, ¿cuál es la causa principal de una situación como la bosquejada en los párrafos anteriores?. De acuerdo con un estudio del INEI y Unicef, el trabajo infantil en el Perú está asociado sobre todo a los niveles de pobreza. Conforme al estudio, el 39% de los niños que trabajan pertenecen al estrato de pobreza extrema, el 22% a los pobres no extremos y el 20% a las familias no pobres.¹⁰

Siendo un factor importante, se puede desprender de los porcentajes indicados que la pobreza no es el único que se debe considerar, pues, por ejemplo, el 61% de los niños en extrema pobreza no trabaja, mientras que el 20% de niños de familias no pobres sí lo hacen (cuando no sería del todo necesaria su participación en la economía familiar).

Consideramos que otro factor que coadyuva al fenómeno del trabajo infantil en el Perú es cultural. Sobre todo, quienes viven en los Andes consideran el trabajo infantil como algo positivo, como algo que permi-

¹⁰ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) e Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). *El estado de la niñez en el Perú*. Perú, 2004, p. 59.

te formar la personalidad de los niños. Es decir, no solo lo ven con buenos ojos, sino que consideran que constituye una situación correcta y, a veces, hasta necesaria, pues permite que los niños aprendan un oficio u ocupación, con lo que además se alejan de las malas compañías. Si a ello sumamos problemas de cobertura en cuanto a infraestructura escolar y calidad de educación, reflejados en los bajos niveles internacionales obtenidos por alumnos peruanos, entonces tenemos factores que repercuten en el crecimiento del fenómeno. Para qué enviar al hijo a la escuela si lo que allí recibe no le va a servir de nada o acaso de muy poco.

Si a lo anterior se suma el poco interés del Estado para resolver las cuestiones relacionadas con el trabajo infantil y las causas que lo fomentan, obtendremos un cuadro más cercano de los fundamentos del problema. Sin embargo, los factores coadyuvantes al de la pobreza no son tomados en cuenta ni siquiera por la sociedad civil. Un estudio realizado por la OIT en 2006 —con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional y el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú— arroja, sobre una muestra de 1.604 personas a nivel nacional, que el 60% de los entrevistados considera que la pobreza y la precariedad generan que todos los miembros de una familia trabajen, incluyendo a los niños.¹¹ Ahora bien, vistas cuáles son las posibles causas del fenómeno, cabe analizar cuáles son sus posibles consecuencias.

Una de las secuelas más álgidas del trabajo infantil se manifiesta en el nivel de estudios de la población. Según el Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, uno de cada cinco menores de entre los 6 y 17 años no alcanza a estudiar. En la faja etaria entre los 14 y 17 años, entre los niños que trabajan, el 41% no asiste a la escuela, mientras que entre los que no trabajan, la tasa es de 13%. Es decir, hay tres veces más posibilidades de que un niño que trabaja no asista a la escuela, respecto de uno que no desempeña labor alguna.¹²

¹¹ Oficina Internacional del Trabajo/ Embajada de España en el Perú/ Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Trabajo infantil. Estudio de opinión pública en el Perú. Resumen del estudio*. Perú, p. 11.

¹² *Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010*, pp. 19 y 23.

En la encuesta antes mencionada, el 67,9% de la muestra considera que el trabajo infantil influye negativamente en el desempeño escolar, mientras que el 16,1% lo considera un factor muy negativo para la eficiencia del alumno en la escuela.¹³

Pueden sumarse a lo anterior los resultados de la Encuesta Nacional de Hogares de 1999, según los cuales el 49% de los niños trabajadores de entre 14 y 17 años tiene retraso escolar, porcentaje que disminuye al 32% entre quienes no trabajan. Estos números permiten ver la gravedad del fenómeno y su impacto en la consecución y conclusión exitosa de los estudios de los menores que trabajan. Permiten además deducir cuáles son las posibilidades que estos tendrán de mejorar su situación en un futuro no muy lejano.

Como ya se dijo, una de las principales inversiones de un país tiene que ser, necesariamente, la educación de su población. Las cifras mencionadas demuestran que los niños que trabajan no se encuentran debidamente preparados para ser competitivos en el mercado laboral, hecho que limita sus posibilidades de acceder a mejores trabajos, con una remuneración mayor, lo que contribuye a mantener e incluso incrementar los niveles de pobreza de la nación. Si bien pueden, en el corto plazo, generar ingresos que ayuden a sus familias, lo hacen al costo de mantener en el futuro las mismas condiciones de pobreza, las cuales solo tienden a alimentar aún más el círculo vicioso.

La consecuencia de esta situación no solo es la limitación de las probabilidades de éxito del individuo, sino que el grado de competitividad de la nación disminuye con una mano de obra que no está adecuadamente calificada y que no se amolda a las necesidades de un mercado moderno, lo que restringe las posibilidades de mejora económica para el Perú, incluyendo posibles futuras inversiones de empresas con alta tecnología que requieran, para su desarrollo, el empleo de personal altamente calificado. Recordemos que el beneficio del país es para todos. Cuando mejora la calidad de la educación, así como los niveles de asistencia y rendimiento estudiantil, el país logra obtener

¹³ Oficina Internacional del Trabajo/ Embajada de España en el Perú/ Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Trabajo infantil...* Op. cit., p. 11.

una mejor calificación de sus trabajadores, quienes podrán afrontar con mayor éxito los retos de un mercado global. Como consecuencia de ello, mejoran los niveles remunerativos y, así, la capacidad de compra de los peruanos, hecho que influye de manera positiva en el mercado. Es decir, esa calificación se convierte en un factor adicional de progreso. Esto fue entendido hace mucho tiempo en los países desarrollados, los que han fomentado mejoras en sus sistemas educativos, tal como sucede en la Comunidad Europea, Japón y otras realidades más avanzadas.

De acuerdo con la OIT, "Cuando se consideran conjuntamente la tasa de trabajo infantil y el gasto público per cápita en educación, hay una fuerte correlación negativa, con un coeficiente de -0.62 . Es clara entonces la importancia de este gasto para la reducción del trabajo infantil".¹⁴

Otro factor importante que incide en el trabajo infantil es el tema del gasto social; es decir, hasta qué punto se satisfacen las necesidades básicas de la población y cómo la carencia de esa satisfacción incide en el incremento de la pobreza y, por lo tanto, de los índices del trabajo infantil. En el estudio de la OIT mencionado en el párrafo precedente hay un cuadro en el cual se observa que el Perú, al año 2000, se encontraba con el más alto índice de trabajo infantil en la región y con una inversión en gasto social per cápita inferior a los doscientos dólares, mientras que Costa Rica y Chile tenían un bajo porcentaje de niños trabajando entre los 5 y 14 años, y un gasto social per cápita cercano a los ochocientos dólares.

Otro de los aspectos negativos vinculados con el trabajo infantil es el tema de la salud. Esto se hace evidente sobre todo en las conocidas como las peores formas de trabajo infantil, las que incluyen, por ejemplo, la trata sexual, donde personas inescrupulosas extraen a niños de sus hogares en provincias y los envían con promesas falsas a las grandes ciudades, a fin de utilizarlos en el negocio ilegal de la explotación sexual. Un caso por de más emblemático sucede en Iquitos. Un análisis

14 Oficina Internacional del Trabajo. Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil. *Trabajo infantil...* Op. cit., p. 23.

realizado por la Corte Superior de Justicia de Loreto, en octubre del 2005¹⁵, mostraba cifras escalofriantes:

Delito	Indicadores adm.			Agravado					
	Casos denunciados	Casos en proceso	Casos sentenciados	Mujer (años)			Hombre (años)		
				0-6	6-12	12-17	0-6	6-12	12-17
Violación sexual	38	37	53		3	20	2		
Violación sexual por menor de 14 años	103	82	317	27	112	176	4	21	14
Actos contra el pudor	23	17	55	9	23	17	5	6	
Actos contra el pudor por menores	30	20	29	2	19	11	1	1	
Trata con fines de esclavitud sexual	1		1						

Si este grave panorama se presenta en un solo departamento, es preocupante pensar qué puede observarse si a estas estadísticas se unen las de otras ciudades, como Cusco, Arequipa, Trujillo o Lima (con su gran población). Causa alarma lo altas que resultan las cifras de violencia sexual contra niños y adolescentes. Estos hechos pueden dar una idea de lo que significa la utilización de menores en el mercado negro del sexo.

¹⁵ VÁSQUEZ CORDERO, Luis. *Situación de la aplicación de la Ley N.º 28251, para el combate a la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*. (Perú, 2006). Capital Humano y Social Alternativo/ Oficina Internacional del Trabajo, p. 33.

En este caso específico, la explotación no solo altera psicológicamente al menor y le crea taras muy difíciles de superar, sino también, como es evidente, pone en alto riesgo su salud física.

Sin embargo, la sexual no es la única forma de explotación que hace peligrar la salud de los menores involucrados. En la minería artesanal sucede algo similar. De acuerdo con el Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, se cree que alrededor de cincuenta mil niños participan en dicha actividad, sobre todo en los departamentos de Madre de Dios, Puno, Ayacucho, Ica, La Libertad y Arequipa.¹⁶ La salud peligró no solo por la exposición a insumos químicos, como el arsénico en los lavaderos de oro, sino a gases y polvillo en las minas en socavón, los que generan enfermedades y posibles incapacidades permanentes. Recuérdese que entre las enfermedades vinculadas con las actividades mineras figuran distintos tipos de neumoconiosis, entre ellos la silicosis.

A estas actividades riesgosas cabe sumar otras, también de alto riesgo, como la elaboración de ladrillos, en Lima y otros departamentos; el trabajo doméstico, en donde los niños están en contacto con elementos químicos de limpieza o hacen labores pesadas (mover muebles); el reciclaje de basura, con las consecuencias del contacto con desechos de todo tipo;¹⁷ o la venta ambulatoria o las piruetas que realizan los niños en los cruceros peatonales, donde no solo se encuentran en contacto permanente con focos de contaminación, sino que también se exponen a sufrir accidentes de tránsito o a ser objeto de agresiones físicas o morales.

Sin embargo, a pesar de que en muchas ocasiones la lógica ayuda a intuir cuáles son las probables consecuencias del trabajo infantil en el desarrollo del menor, no existe a la fecha en el Perú un estudio profundo sobre la materia, que determine no solo el impacto en su salud física, sino también en su salud mental. La encuesta a que se hizo referen-

¹⁶ *Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010*. Op. cit., p. 22.

¹⁷ Basta recordar la afamada obra del escritor peruano Julio Ramón Ribeyro, *Los gallinazos sin plumas*.

cia párrafos atrás,¹⁶ muestra un cuadro sobre cuáles creen los encuestados que son las consecuencias del trabajo infantil. Los resultados son reveladores:

Y, ¿cree usted que el trabajo de los niños y las niñas tiene consecuencias muy positivas, positivas, negativas o muy negativas en los siguientes aspectos? Porcentajes horizontales						
Aspectos	Muy positivas	Positivas	Negativas	Muy negativas	No precisa	Total %
El desarrollo de la personalidad	2,2	37	44,1	8,6	8,1	100,0
La formación de valores morales	1,6	32,5	49,3	9	7,6	100,0
La salud y la seguridad	0,6	9,4	72	14,8	3,2	100,0

5. Qué hacer ante este fenómeno

En algunos países, como Francia, la asistencia a la escuela es obligatoria no solo por ley, sino que el Poder Judicial puede forzar a que los padres envíen a sus hijos a la escuela.

Portugal, por su parte, ha desarrollado un programa que comprende varias etapas:

- La ubicación de los niños que trabajan, cuando deberían estar estudiando.

¹⁶ Oficina Internacional del Trabajo/ Embajada de España en el Perú/ Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Trabajo infantil...* Op. cit.

- La sensibilización de los padres, así como del propio menor.
- La posibilidad de que el menor pueda ser incluido en programas laborales legales, con apoyo del sector privado.

En Turquía — con apoyo del Banco Mundial— se ha llevado la escuela a los centros de trabajo, permitiendo que los niños trabajen y continúen en sus estudios sin tener que desplazarse.

Adicionalmente, en otros países se brinda a los menores apoyo en salud, tanto física como mental, principalmente en los casos en que han sufrido las peores formas de explotación infantil, como sucede en Filipinas y Sri Lanka.

Ahora bien, como se ha visto, en el Perú se han dado pasos, desde el punto de vista legislativo, para favorecer a la niñez y evitar que se presenten situaciones de trabajo infantil, en particular las relacionadas con las peores formas de explotación.

El Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010 contiene diversas acciones capaces de reducir nuestros actuales índices en ese ámbito:

- Brindar una mayor y mejor educación, entrando dentro del concepto de Naciones Unidas de “educación para todos”. Sin embargo, este plan no se refiere a la calidad de la educación y solo hace algunas menciones muy específicas;
- Sensibilizar a la sociedad a través de los diversos actores, buscando que se vea el trabajo infantil como un problema, con campañas dirigidas a organizaciones sociales y líderes de opinión, campañas publicitarias en medios de comunicación masiva, módulos de formación a distancia y sensibilización de los padres (sobre todo en áreas rurales), entre otras acciones.
- Permitir el acceso universal a la educación, ampliando la cobertura escolar.
- Registrar en los municipios, en coordinación con las unidades de gestión educativa locales, los casos de deserción escolar.
- Crear un mayor número de defensorías municipales del niño y el adolescente en las municipalidades.

- Hacer un monitoreo (cuando menos dos veces al año) sobre la calidad de la educación.
- Priorizar la atención de los programas de empleos temporales en familias localizadas en zonas de extrema pobreza, dándose un tratamiento prioritario a aquellos casos en los que la cabeza de familia sea una mujer con hijos menores de 15 años.
- Atender oportunamente las denuncias de explotación infantil.
- Lograr el apoyo de los medios de comunicación para la difusión de todos los temas relacionados con el trabajo infantil.

Como se puede apreciar, existen diversas líneas de acción que buscan disminuir o eliminar el trabajo infantil en el Perú. El plan de que tratamos fue aprobado mediante Decreto Supremo 008-2005-TR, publicado el 30 de setiembre del 2005. A la fecha de elaboración del presente artículo (diciembre del 2008) no se han visto grandes progresos en este campo, al menos no a partir de la información a la que hemos tenido acceso. El problema de la educación para todos sigue siendo un tema pendiente, y ni qué hablar de su calidad, no solo a nivel primario y secundario, sino, en algunos casos, en centros de estudios superiores (públicos y privados).

No se han observado campañas masivas de sensibilización sobre el problema del trabajo infantil, ni tampoco grandes esfuerzos para impedir que siga proliferando. Salvo limitados esfuerzos de la Iglesia y de la sociedad civil, no se ha tenido conocimiento de un apoyo mayor, ni del Estado ni de ninguna entidad, sea por falta de recursos o de otorgamiento de prioridad.

Consideramos que no se deben expedir normas para dar la impresión de que se ha cumplido con las obligaciones. No podemos limitarnos a realizar planes o a firmar documentos sobre estrategias de lucha contra la pobreza o sobre objetivos de desarrollo del milenio.

Nuestro compromiso debe ser mayor. Como parte de la sociedad, debemos sensibilizar a todo nuestro entorno en esta problemática. Tanto los empleadores como los sindicatos y demás trabajadores tienen un rol fundamental en la lucha directa, a través de denuncias de trasgresiones, o mediante directivas internas que impidan que los menores accedan a empleos que no son aptos para ellos. Los medios de comunicación deben comprometerse en forma masiva a sensibilizar a la población, sin

buscar en ello una retribución mayor que la satisfacción de participar activamente en la solución del problema.

El Estado, por su parte, a través de sus diversas entidades debe buscar aplicar las estrategias contenidas en el Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010, sin tratar de revisarlo de nuevo o de crear nuevas actividades. Toda revisión implica retroceso y retardo en la atención de las acciones que son necesarias. Normalmente, cuando no se quiere aplicar un plan, este es revisado cincuenta veces a fin de encontrarle vacíos o defectos. Ya se tiene uno, bueno o malo. Hay que aplicarlo, pues la niñez no espera y la situación —de acuerdo con las mismas estadísticas emitidas por el Estado peruano—, en vez de mejorar, se agrava.

Por último, también hay que ser difusores de los éxitos obtenidos o por obtener en este ámbito. La sociedad requiere de buenas noticias, y las informaciones sobre los avances en esta lucha son indispensables. Recuérdese que cualquier mejora relativa a nuestros índices en este campo, repercute en un futuro mejor para nuestra población y en una mayor consolidación económica y social del Perú.

Bibliografía

CÁCERES, Patricia (consultora). *Trabajo infantil doméstico. Estudio de desarrollo legislativo - Perú. Agosto - setiembre 2001*. Organización Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

Comité Directivo Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CPETI). Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. *Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010*. Perú, setiembre del 2005.

Conferencia Internacional del Trabajo. Informe del Director General. *La eliminación del trabajo infantil: un objetivo a nuestro alcance*. Suiza, 2006.

Consejo Nacional de Educación. Ministerio de Educación. *Proyecto Educativo Nacional al 2021. La educación que queremos para el Perú*. Perú, noviembre del 2006.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef). *Estado mundial de la infancia 2007. La mujer y la infancia. El doble dividendo de la igualdad de género*. Estados Unidos, 2006.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) e Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). *El estado de la niñez en el Perú*. Perú, 2004.

HUBER, Ludwig y Patricia Ríos Anaya. *La problemática del trabajo infantil en los pueblos indígenas del Perú. Documento de Trabajo*. Taller Subregional de Expertos sobre Trabajo Infantil Indígena. Perú, marzo del 2008.

Oficina Internacional del Trabajo. Panorama Laboral 2004. *El trabajo infantil por abolir en América Latina y el Caribe*. Costa Rica, 2004.

Oficina Internacional del Trabajo. Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil. *Reflexiones para el cambio. Análisis de los planes nacionales de prevención y erradicación del trabajo infantil en América Latina y el Caribe*. Perú, 2007.

Oficina Internacional del Trabajo. Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil. *Trabajo infantil: causa y efecto de la perpetuación de la pobreza*. Costa Rica, setiembre del 2007.

Oficina Internacional del Trabajo. Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo infantil. *Trabajo infantil: respuestas políticas y legislativas modernas al trabajo infantil*. Ginebra, 2007.

Oficina Internacional del Trabajo/ Embajada de España en el Perú/ Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Trabajo infantil. Estudio de opinión pública en el Perú. Resumen del estudio*. Perú.

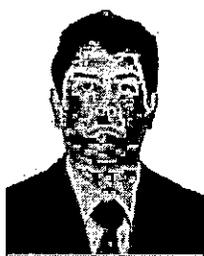
Organización Internacional del Trabajo. Programa de Actividades Sectoriales. *Informe de la Reunión de expertos en estadísticas del trabajo. Parte I: Estadísticas sobre el trabajo infantil. Parte II: Medición del tiempo de trabajo*. Ginebra, 2008.

Organización Internacional del Trabajo. 18.ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo. *Informe III. Estadísticas del trabajo infantil*. Ginebra, 2008.

Organización Regional Interamericana de Trabajadores. Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres. *Plan Continental para la Prevención y Erradicación de Trabajo Infantil 2005-2009*. Paraguay, octubre del 2005.

VÁSQUEZ CORDERO, Luis. *Situación de la aplicación de la Ley N.º 28251, para el combate a la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*. (Perú, 2006). Capital Humano y Social Alternativo/ Oficina Internacional del Trabajo.

Trabajo Remoto en el Sector Público



**Luigino
Pilotto
Carreño**

Abogado por la
Universidad de
Lima, con Maestría
en Derecho
del Trabajo y
Seguridad Social
por la Università
degli Studi di
Bologna (Italia).

La pandemia que vivimos actualmente ha generado grandes cambios en nuestras vidas. Como no podía ser de otra forma, en el ámbito laboral también se han presentado impactos muy marcados, desde la inicial suspensión imperfecta de labores hasta llegar a la suspensión perfecta de la misma, pasando por otras medidas de flexibilización de la prestación de trabajo, como puede ser a figura que hoy nos ocupa.

Es una figura que nace a causa del COVID-19 como una modalidad excepcional de trabajo no presencial vigente durante el Estado de Emergencia Sanitaria. Se caracteriza por la prestación de servicios subordinada, sin la presencia física del trabajador en el centro de labores, prestando servicios desde su domicilio o desde el lugar de aislamiento domiciliario, siempre que la naturaleza de sus funciones lo permita.

El D.S. N° 010-2020-TR, determinó las pautas que resultan de aplicación al trabajo remoto, las mismas que, de acuerdo con su Segunda Disposición Complementaria Final, son de aplicación a las entidades del sector público en lo que corresponda, disponiendo además que la Autoridad Nacional del

Servicio Civil (SERVIR) emita las disposiciones necesarias para la implementación del trabajo remoto en el sector público conforme a lo establecido en el D.U. N° 026-2020 y demás normas complementarias.

Dentro de ese esquema, en el sector público se emitió la Res. N° 039-2020-SERVIR/PE, por la que se aprobó la Directiva para la Aplicación del Trabajo Remoto. Un primer punto interesante de estas normas, que aleja esta figura del teletrabajo, es que el trabajo remoto no se limita a los servicios que pueden ser prestados mediante medios informáticos, de telecomunicaciones o análogos, sino que se extiende a cualquier tipo de servicio que no requiera la presencia física del servidor público en su centro de labores. Eso implica que bien podría ser un simple trabajo a domicilio, realizado de manera manual y que, para efectos del sector público, este sea considerado como trabajo remoto.

Sin embargo, SERVIR, en el documento denominado "Orientación para implementar el trabajo remoto en las entidades públicas en el marco de la emergencia por el COVID-19" ha señalado los siguientes requisitos técnicos para la implementación del trabajo remoto:

Conectividad	Servicio de internet, telefonía fija / móvil, según corresponda.
Equipos	Computadora de escritorio o portátil
Correo electrónico	Correo corporativo y/o personal
Aplicaciones	Herramientas de oficina y/u otras aplicaciones de acuerdo con las actividades
SopORTE remoto	Brindado por la Oficina de Tecnologías de la Información o la que haga sus veces.

Es decir, ha vinculado directamente, la prestación del servicio, a través de los medios informáticos, haciendo de éste, un tipo más de teletrabajo, bajo reglas especiales.

Por otro lado, se debe tener presente que la prestación del trabajo remoto cambia la forma regular en la cual el servidor o funcionario público, se encuentra acostumbrado a la prestación de sus servicios. Sin embargo, este cambio no implica una modificación de las condiciones de trabajo, salvo aquellas que se encuentren vinculadas íntimamente al desplazamiento del trabajador al centro de trabajo.

Adicionalmente, cambia los esquemas en los cuales se han establecido, regularmente, los controles sobre el trabajo realizado. Los supuestos de control de asistencia, cumplimiento de un horario de trabajo, la prestación de servicios de manera presencial, no pueden ser aplicados bajo la actual coyuntura, por lo que, a diferencia del trabajo presencial, la realización del trabajo remoto por parte del trabajador, debe usar otro

parámetro para medir el cumplimiento de la prestación. Consideramos, coincidiendo con lo expresado por la SERVIR¹, que, en el presente supuesto, lo que debe primar es el cumplimiento de encargos y no el cumplimiento de un horario o jornada de trabajo. Es decir, se debe buscar y medir la labor de un servidor, por el cumplimiento de sus metas.

Evidentemente, esta forma de medición de trabajo y la imposibilidad de utilizar estos criterios tradicionales, no elimina la necesidad de que el trabajador se encuentre a disposición del empleador en una faja horaria determinada, a fin de realizar cualquier tipo de coordinación que pudiera resultar necesaria.

Bajo ese ámbito, consideramos de manera previa, hacer algunas similitudes y diferencias entre las dos figuras, teniendo en cuenta que existen las diferencias que se muestran en el Cuadro N° 1 que figura en la página siguiente.

Como se puede apreciar son figuras similares pero distintas con características particulares que hacen que su forma de aplicarse sea diferenciada.

Dentro de ese marco, el Dec. Leg. N° 1505 ha permitido a las entidades del Estado adoptar medidas temporales hasta el 31 de diciembre de 2020, en las cuales se hace mención al trabajo remoto.

Esta norma determina que se pueden inclusive establecer modalidades mixtas de prestación del servicio, alternando días de prestación de servicios presenciales con días de trabajo remoto.

Igualmente, las personas consideradas de riesgo, de acuerdo con los criterios contenidos dentro de la R.M. N° 448-2020-MINSA, como son los mayores de 65 años, con hipertensión arterial refractaria, enfermedades cardiovasculares graves, cáncer, diabetes mellitus, asma moderada o grave, enfermedad pulmonar crónica o insuficiencia renal crónica en tratamiento con hemodiálisis, enfermedad o tratamiento inmunosupresor y obesidad con índice de masa corporal (IMC) de 40 a más, deben realizar prioritariamente trabajo remoto.

Si bien es cierto no lo dice taxativamente, en el caso de trabajadoras que se encuentren en estado de gestación y presenten un embarazo no regular también se da a entender que se deba realizar la prestación a través de la modalidad remota.

Ahora bien, esta modalidad de prestación de servicio, fue adoptada para prevenir y reducir los contagios por COVID - 19, impidiendo el desplazamiento de los trabajadores para el cumplimiento de sus labores. Sin embargo, al igual que en el caso del teletrabajo, el trabajo remoto, tiene puntos de encuentro y de desencuentro, como vimos previamente. Dentro de las posibles similitudes, podemos encontrar los problemas coincidentes para el trabajador, en ambas figuras, tales como:

- Aislamiento y deshumanización de las relaciones de trabajo.
- Contribuir a crear o a aparentar relaciones civiles.

1 Informe N° Técnico N° 001234-2020-Servir-GPGSC.

CUADRO N° 1

CONCEPTO	TELETRABAJO	TRABAJO REMOTO
Características básicas	El trabajador desarrolla labores en su domicilio o en el lugar que este considere pertinente, no en el centro de trabajo y usa medios informáticos, de telecomunicaciones o análogos.	El trabajador presta servicios desde su domicilio o desde el lugar donde cumple el aislamiento social obligatorio, usando todo medio que permita la prestación de funciones fuera del centro de trabajo, informáticos, de telecomunicaciones o análogos siempre que la naturaleza de las funciones lo permita. Puede ser también un trabajo manual.
Equipos con que se brindan y condiciones	Los equipos son proporcionados por el empleador. Si fueran proporcionados por el trabajador, el empleador debe compensar la totalidad de gastos vinculados a estos.	Los equipos necesarios pueden ser proporcionados por el empleador o por el trabajador. No hay obligación de compensar al trabajador por los equipos o los gastos adicionales derivados del uso de los mismos, siendo potestad del empleador reconocerlos.
	Capacitar a los trabajadores sobre los medios, informáticos, de telecomunicaciones y análogos que emplearán para el desarrollo de sus labores.	Dar facilidades para el acceso del trabajador a sistemas, plataformas o aplicativos informáticos, necesarios para el desarrollo de sus funciones. En caso ser necesario, el trabajador deberá participar de capacitaciones para tal fin. Informar al trabajador sobre las medidas y condiciones de Seguridad y Salud en el Trabajo que deberá cumplir.
Principales obligaciones del empleador	Garantizar los derechos a la Seguridad y Salud en el Trabajo del personal, considerando las características del teletrabajo.	Se debe habilitar un canal de comunicación al trabajador para notificar los riesgos adicionales no identificados por el empleador o accidentes de trabajo acontecidos durante la ejecución de sus funciones.
	Se requiere acuerdo de partes para que se concrete esta modalidad de prestación.	Se debe comunicar al trabajador la decisión de implementar el trabajo remoto. No requiere acuerdo. Se asignan las labores a ejecutar e implementan mecanismos de supervisión y reporte de las horas laboradas.
Principales obligaciones de los trabajadores	Cumplir con las normas vigentes sobre seguridad de la información, protección y confidencialidad de datos.	Cumplir con las normas sobre seguridad de la información, protección y confidencialidad de datos.
	Cumplir con las normas de Seguridad y Salud en el Trabajo.	Cumplir con las medidas de Seguridad y Salud en el Trabajo informadas por el empleador.
	Estar disponible durante la jornada laboral.	Encontrarse disponible durante la jornada laboral. Sin embargo, de acuerdo con lo señalado en el Informe Técnico N° 001234-2020-Servir-GPGSC, se señala que "Por lo tanto, esta modalidad de trabajo resulta incompatible con el control de asistencia".
	Si los equipos son proporcionados por el empleador, solo podrán ser usados por el trabajador.	No existe regulación al respecto. Sin embargo, se debe recordar que el inciso 5 del art. 7° de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, señala que todo funcionario o servidor público "Debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados".
Vigencia	Dura lo que determinen las partes o lo que decida el empleador, sea a petición de parte o no.	Se aplica durante la Emergencia Sanitaria por el COVID-19.
Sujetos de la modalidad de prestación del servicio	Son los trabajadores o servidores públicos por un lado y las empresas o entidades del Estado por el otro.	Son los trabajadores o servidores públicos por un lado y las empresas o entidades del Estado por el otro. No pueden ser incluidos los trabajadores que se encuentren como diagnosticados con COVID - 19. Tampoco se incluye a los que por la naturaleza de la prestación no puedan realizar trabajo remoto, salvo que les cambien de funciones.
	Es solamente aplicable a trabajadores que deben brindar sus servicios en el país.	Es obligatorio para el empleador, implementarlo con el personal que sea de alto riesgo para contagiarse del COVID-19, salvo que la naturaleza de las funciones no lo permita. Se puede aplicar a las modalidades formativas. Se puede aplicar a los trabajadores que se encuentran en el exterior y que no han podido regresar al país.

En este caso, en el Estado, mientras dure esta forma de prestación, podría incentivarse el uso de aparentes contratos de terceros, los mismos que hoy en día son generados por la imposibilidad, de contratar vía contratos de trabajo, como consecuencia de la aplicación de las normas presupuestales.

- Hacer difusos los límites que dividen la vida laboral y la vida privada.
- Favorecer la individualización de las relaciones de trabajo.
- Dificultar la actividad gremial tradicional.
- Trasladar al trabajador gastos que, en diversos supuestos, suelen ser, parcial o totalmente, asumidos por el empleador (uniformes, servicios públicos como Internet, agua y electricidad, etc.).
- Dificultar las actividades sociales que usualmente se desarrollan al interior de la entidad.
- Afectar el derecho a la intimidad y contribuir a la intromisión del empleador en el ámbito del hogar.

Como se puede apreciar de esta relación, existe una variable que es necesario tener presente. Las condiciones actuales que imponen el aislamiento social total o parcial, sumado a la necesidad de realizar la prestación del trabajo por vía remota, aunado a la necesidad

de realizar nuestras obligaciones laborales en un entorno familiar, con el propio stress que genera el temor de contagiarse del COVID 19, pueden generar una serie de dificultades que pueden influir en nuestro bienestar y salud mental.

Durante la prestación del servicio, como consecuencia de las presiones mencionadas previamente, es posible que el trabajador se sienta agotado, irritable, con insomnio, con poca concentración, indeciso, entre otras posibles alteraciones. En ese contexto, es importante que el servidor o funcionario público, tome pleno conocimiento de estas posibilidades y, en caso de presentarse, pueda tener el apoyo de su entorno, pero, de manera particular también, de su entidad empleadora.

Es por ello que resulta de particular importancia que las entidades del Estado, con la finalidad de garantizar las medidas de seguridad y salud en el trabajo, dentro de un contexto particular, busquen dar un apoyo psicológico a los servidores que presenten alguna de estas dificultades, coadyuvando así con el poder sobrellevar de mejor manera, estos altos niveles de presión a los que se ven sometidos, como consecuencia de un entorno altamente agresivo, desde el punto de vista emocional.

A modo de conclusión, debemos indicar que, ciertamente, esta modalidad de prestación de servicios, es altamente novedosa y bastante apreciada por los sectores públicos y ha permitido, durante el período de la pandemia, la continuación de la prestación de los servicios del Estado, no generando una contingencia mayor como consecuencia de periodos pro-

longados de suspensión imperfecta de la relación de trabajo, como si ha sucedido en el Sector Privado; resguardando simultáneamente a esta continuidad, la salud de los trabajadores del Sector Público.

Considero que esta modalidad debería haber llegado para quedarse, pues facilita la prestación de la labor de diversos funcionarios y servidores, con los beneficios propios del teletrabajo, como son el evitar el desplazamiento del trabajador, con la reducción del stress que esto genera y, la consecuente reducción de costos reales para ambas partes (no consumos fuera de casa para alimentación, no pasajes, por un lado y, por el otro, el no uso de electricidad y demás servicios en el centro de trabajo así como la reducción de espacios utilizados, entre otros). Basta ver como ejemplo que, en el año 2014, vía teletrabajo, en los Estados Unidos, 461,217 personas desarrollaron funciones para entidades públicas, entre los Gobiernos Locales, Estatales y Federal.

Es verdad, ninguna solución puede ser perfecta, pero tomando las previsiones del caso, ésta es una modalidad que puede brindar beneficios impensados tanto para el Estado Peruano y como para sus propios servidores.

Será cuestión de ver, como este Estado Peruano, con todas sus fortalezas y debilidades, logra sacar provecho de una experiencia nacida de una situación tan anómala como la que vivimos actualmente. ■