

BOLETÍN N.º 02

DERECHO LABORAL Y DERECHO PROCESAL

Realidad peruana: el derecho laboral
sometido a análisis

Directores:

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank J. Paucarchuco Gonzales

Coordinadora:

Brenda Daysi Jiménez Silvera

AÑO N.º 02 / ABRIL 2022

Autores de esta edición:

Luis Alberto Serrano Díaz

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Edwin Ricardo Corrales Melgarejo

Abogado por la Universidad Federico Villarreal

Elmer Noé Huamán Estrada

Abogado por la Universidad de Piura

Jorge Luis Mayor Sánchez

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

César José Gonzales Hunt

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Andrea Hermoza Peralta

Abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

Daniel Esteban Romero Zuloaga

Abogado por la Universidad San Martín de Porres

Directores

Anthony Julio Romero Casilla

Allen Martí Flores Zerpa

Frank James Paucarchuco Gonzales

Coordinadora

Brenda Daysi Jimenez Silvera

BOLETÍN N.º02

**DERECHO LABORAL Y PROCESAL
LABORAL**

Realidad peruana: el derecho laboral sometido a análisis

Autores en esta edición:

César Gonzales Hunt

Luis Serrano Díaz

Ricardo Corrales Melgarejo

Andrea Hermoza Peralta

Elmer Huamán Estrada

Daniel Romero Zuloaga

Jorge Mayor Sánchez

**Amachaq**
Escuela Jurídica

2022

Lima – Perú

ISSN: 2810-8310

BOLETÍN DE DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL
REALIDAD PERUANA: EL DERECHO LABORAL SOMETIDO A ANÁLISIS

AÑO 01 – N.º 2 – ABRIL 2022

EDITADO POR:

© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.

Jr. María Antonieta #399

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

César José Gonzales Hunt

Edwin Ricardo Corrales Melgarejo

Elmer Noé Huamán Estrada

Jorge Luis Mayor Sánchez

Luis Alberto Serrano Díaz

Andrea Hermoza Peralta

Daniel Esteban Romero Zuloaga

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio

Flores Zerpa, Allen Martí

Paucarchucho Gonzales, Frank James

COORDINADORA:

Jimenez Silvera, Brenda Daysi

COLABORADORES:

Murillo Cotrina, Cristina Milagros

Vargas Gutiérrez, Bryan Steven

ISSN: 2810-8310

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° XXXXXXXXX**

DISPONIBLE DIGITALMENTE EN:

<http://editorialamachaq.com/b2-laboral/>

BOLETIN N. °2

“REALIDAD PERUANA: EL DERECHO LABORAL SOMETIDO A ANÁLISIS”

I. DIRECTORES

ANTHONY JULIO ROMERO CASILLA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALLEN MARTÍ FLORES ZERPA

Bachiller por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

II. COORDINADORA EN ESTA EDICIÓN:

BRENDA DAYSI JIMENÉZ SILVERA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

III. COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:

CRISTINA MILAGROS MURILLO COTRINA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

BRYAN STEVEN VARGAS GUTIERREZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

IV. AUTORES

CÉSAR JOSÉ GONZALES HUNT

Abogado Por La Pontificia Universidad Católica Del Perú

EDWIN RICARDO CORRALES MELGAREJO

Abogado Por La Universidad Federico Villarreal

ELMER NOÉ HUAMÁN ESTRADA

Abogado Por La Universidad De Piura

JORGE LUIS MAYOR SÁNCHEZ

Abogado Por La Pontificia Universidad Católica Del Perú

LUIS ALBERTO SERRANO DÍAZ

Abogado Por La Universidad Nacional Mayor De San Marcos

ANDREA HERMOZA PERALTA

Abogada Por La Universidad Peruana De Ciencias Aplicadas

DANIEL ESTEBAN ROMERO ZULOAGA

Abogado Por La Universidad San Martín De Porres



BOLETIN N.º 2

*Amachaq-Escuela Jurídica
Área de Derecho Laboral y Procesal Laboral*

Disponible en:

<http://editorialamachaq.com/b2-laboral/>

Año: 2022

Edita:

*Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.
amachaq.escuela.juridica@gmail.com
www.editorialamachaq.com*

El Boletín N° 2 de Derecho Laboral y Procesal Laboral con eje temático “Realidad peruana: el derecho laboral sometido a análisis” es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<http://editorialamachaq.com/b2-laboral/>

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO	
- La aplicación del principio indubio pro-operario en la convención colectiva de trabajo en el Perú <i>Jorge Luis Mayor Sánchez</i>	11
- Controversias e implicancias ante la eliminación de la suspensión perfecta de labores: Efectos para el trabajador <i>Elmer Noe Huamán Estrada</i>	23
- Sistemas de pensiones: Análisis de las recientes y alternativas reformas en la normativa peruana <i>Cesar José Gonzales Hunt</i>	33
- El teletrabajo en el Perú, retos y desafíos en el contexto de la pandemia COVID 19 <i>Luis Alberto Serrano Díaz</i>	41
- El trabajo remoto y la equidad de género para las madres trabajadoras en el Perú <i>Andrea Hermoza Peralta</i>	61
- La libertad sindical y los límites de las licencias sindicales <i>Daniel Esteban Romero Zuloaga</i>	77
- Aportes al Derecho de Daños Laboral y análisis de criterios casacionales sobre accidentes de trabajo <i>Edwin Ricardo Corrales Melgarejo</i>	89

PRÓLOGO

A raíz de diversos acontecimientos vividos en nuestro país que han ocasionado una serie de cambios en la normativa laboral peruana se ha puesto a relieve ciertos problemas o incongruencias que se vive en la actualidad. Es así que se han observado distintas medidas tomadas en pro del trabajador, a pesar de que aún se conozcan situaciones de desigualdad relacionadas directamente con la necesidad de un sector de la población.

Bajo ese panorama, AMACHAQ Escuela Jurídica no baja la guardia ante los acontecimientos que experimenta nuestro país puesto que con la pandemia se ha podido observar la verdadera realidad peruana, deficiencias no solo en el sector salud, sino también en el económico, educativo, laboral, etc.

Es así que nuestra institución manteniendo el espíritu analítico y académico les presenta la segunda edición del Área de Derecho Laboral y Procesal Laboral, cuyo producto académico es en base a artículos enviados y ponencias brindadas en el *Curso Especializado en Derecho Laboral y Procesal Laboral* llevado a cabo virtualmente el 20 de noviembre del 2021. La cual tiene como objetivo poner bajo análisis, estudio y debate temas de suma relevancia en el Área Laboral. Es así, que el certamen giró en torno al siguiente eje temático: *“Realidad peruana: el derecho laboral sometido a análisis”*

Tal es así, que aprovechamos estas líneas para agradecer a los protagonistas del presente producto académico, quienes depositaron —una vez más— su confianza en nuestra institución para hacer realidad esta iniciativa mencionada en su momento. Nos referimos a los profesores César José Gonzales Hunt, Edwin Ricardo Corrales Melgarejo, Elmer Noé Huamán Estrada, Jorge Luis Mayor Sánchez,

Prólogo

Luis Alberto Serrano Díaz, Daniel Esteban Romero Zuloaga y a la profesora Andrea Hermoza Peralta, agradecerles por la predisposición, amabilidad y apoyo en la segunda edición del presente boletín. Contribuyendo así a mantener el objetivo como institución; la difusión el conocimiento jurídico.

En la presente publicación podrán encontrar diversos escritos de temas desarrollados por destacados docentes y especialistas en la materia quienes ponen bajo lupa lo que se acontece en la actualidad peruana.

Finalmente, cerramos esta presentación renovando el compromiso con la comunidad jurídica de estar a la vanguardia de los sucesos que se generan en nuestro país. Asimismo, esperamos que el presente sea de gran apoyo e interés para el público lector. Continuaremos con el trabajo arduo, organizativo y de calidad desde el Área Laboral.

Brenda Daysi Jimenez Silvera

La aplicación del principio *indubio pro operario* en la convención colectiva de trabajo en el Perú*

Jorge Luis Mayor Sánchez**

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Conceptos generales / 3. Dialogando sobre la naturaleza del III Acuerdo Plenario laboral en la actualidad / 4. El principio *indubio pro operario* / 5. La Reforma *in peius* / 6. Interpretación de los convenios colectivos / 7. ¿Un retorno a la sensatez? / 8. Conclusiones

1. Introducción

La postura desarrollada de la doctrina laboralista y procesalista no ha sido clara al momento de delimitar la funcionalidad de tales instituciones jurídicas, en tanto que la misma solamente se ha delimitado conceptualmente a señalar que la Ley Procesal del Trabajo Ley N° 29497 que obliga a los jueces del país a acatar los términos asumidos por los acuerdos plenarios, con carácter de obligatorio, lo cual permitirá una mejor administración de justicia debido a la predictibilidad de las futuras resoluciones judiciales, estableciendo un mecanismo que facilitará la seguridad jurídica, indicando someramente que, en caso se decida apartarse de dicho precedente, están obligados a motivar adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos válidos que invoquen; en similar condición, se ha sustentado que, a pesar de considerar que los plenos jurisdiccionales no pueden ser catalogados (bajo una terminología jurídica estricta) como jurisprudencia, bien se podría hablar de la existencia de una doctrina emanada de los órganos judiciales (de los Tribunales superiores principalmente) en la aplicación del Derecho, la cual serviría de guía de interpretación, con objeto de delimitar esta pluralidad de corrientes o direcciones jurisprudenciales por la Sala de Casación que está colocada al centro y vértice de la organización judicial como órgano unificador y regulador.

*Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Alta Especialización en la Nueva Ley Procesal del Trabajo y Derecho Laboral, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el sábado 20 de noviembre del 2021.

**Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho Procesal por la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho de la Empresa con mención en Gestión Empresarial por la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en

2. Conceptos generales

Hace un buen tiempo atrás, la Corte Suprema de la República publicó en el diario oficial El Peruano el III Acuerdo Plenario en materia Laboral, mediante el cual las Salas de Derecho Constitucional y Social Transitoria y Permanente acordaron por unanimidad –entre otros términos- que, en caso de interpretación de convenios colectivos, "procede la interpretación más favorable al trabajador respecto de las cláusulas normativas de las convenciones colectivas; pero de ahí surge la interrogante de: ¿Cuándo aplicar el modo literal, y los demás métodos de la debida interpretación normativa? ¿Existe la posibilidad o la opción de la duda insalvable de su sentido? Si ante dicha duda insalvable, se incumple con interpretadas de manera favorable al trabajador, se comete una infracción directa del artículo N° 29 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, regulado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR".

Por tal motivo, a partir de la fecha de publicación, todos los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía se encuentran obligados a acatar el precitado Acuerdo Plenario, salvo que el Juez o Sala de instancia motive su decisión en caso de discordancia o apartamiento del mismo¹; pero ¿acaso no era evidente que los acuerdos colectivos o las normas laborales se regían por el Principio del Indubio Pro Operario – Interpretación Más Favorable al Trabajador reconocido de manera taxativa en el inciso 3) del artículo N° 26 de nuestra Constitución Política del Estado de 1993 al proclamarse que en la relación laboral se respetan los siguientes principios...la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma? ¿Por qué el presente Acuerdo Plenario posee una importancia fundamental en materia de relaciones colectivas de trabajo?

En tal sentido, por intermedio del presente artículo académico, el lector podrá observar los diversos vaivenes y mareas jurisprudenciales por el cual ha tenido que pasar el presente principio tutelar en materia laboral para que ahora sea el centro de un acuerdo por parte de la Corte Suprema de la República del Perú.

Estudios Avanzados en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Salamanca - España - D.E.A. Diplomado en Estudios Superiores en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Salamanca - España. Estudios de Doctorado en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca - España. Título de Especialista en Derecho y Política Jurisdiccional. Universidad Castilla-La Mancha de España. Diplomado en Argumentación Jurídica y Función Jurisdiccional. Universidad Castilla-La Mancha de España - Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Conforme a lo regulado en el artículo N° 40 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497, la declaración que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la república, hasta que sea modificada por otro precedente.

3. Dialogando sobre la naturaleza del III Acuerdo Plenario Laboral en la actualidad

Tal como se ha desarrollado en anteriores investigaciones académicas, las cortes especializadas (sea en la especialidad Laboral, Civil, Penal, Comercial) han venido implementado diversos Acuerdos Plenarios Jurisdiccionales (sean estos distritales, provinciales o supremos) mediante el cual aquellos órganos han tratado en su momento de unificar criterios interpretativos ante los vacíos o discordancias emanadas de la propia Ley –en el presente caso Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo– D. S. N° 010-2003-TR, por parte de los operadores del derecho.

En tal sentido, en la doctrina como en la jurisprudencia, se encuentra equiparando el tratamiento jurisdiccional que se otorga al Acuerdo Plenario con el Precedente Vinculante desarrollado por el Tribunal Constitucional del Perú (procedente del sistema jurídico inglés denominado Common Law y regulado en nuestra legislación en el artículo VII del Código Procesal Constitucional Vigente del 2004), sosteniendo que los principios regidos por el precedente judicial de observancia obligatoria deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias jurisdiccionales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de observancia y obligatorio cumplimiento, permitiendo así una mejor administración de justicia debido a la predictibilidad de las futuras resoluciones judiciales, estableciendo un mecanismo que facilitará la seguridad jurídica. Asimismo, en caso que exista discrepancias sobre su aplicabilidad, en diversas sentencias supremas se ha dejado constancia que los órganos correspondientes solamente podrán apartarse del acuerdo judicial –en la sentencia o auto– si el supuesto de hecho evaluado no coincide con la fuente que originó el precedente (distinguishing) o si su motivación se ha sustentado en un nuevo precedente (overruling).

Sin embargo la postura desarrollada de la doctrina laboralista y procesalista no ha sido clara al momento de delimitar la funcionalidad de tales instituciones jurídicas, en tanto que la misma solamente se ha delimitado conceptualmente a señalar que la Ley Procesal del Trabajo Ley N° 29497 – LPT- que obliga a los jueces del país a acatar los términos asumidos por los acuerdos plenarios, con carácter de obligatorio, lo cual permitirá una mejor administración de justicia debido a la predictibilidad de las futuras resoluciones judiciales, estableciendo un mecanismo que facilitará la seguridad jurídica, indicando someramente que, en caso se decida apartarse de dicho precedente, están obligados a motivar adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fun-

damentos válidos que invoquen²; en similar condición, se ha sustentado que, a pesar de considerar que los plenos jurisdiccionales no pueden ser catalogados (bajo una terminología jurídica estricta) como jurisprudencia, bien se podría hablar de la existencia de una doctrina emanada de los órganos judiciales (de los Tribunales superiores principalmente) en la aplicación del Derecho, la cual serviría de guía de interpretación³, con objeto de delimitar esta pluralidad de corrientes o direcciones jurisprudenciales por la Sala de Casación que está colocada al centro y vértice de la organización judicial como órgano unificador y regulador⁴.

Por ello, señalamos preliminarmente –con obligación a profundizarlo en un artículo posterior - que en la actualidad no se podría equiparar el efecto jurídico de un Acuerdo Plenario judicial con el de un Precedente Vinculante en materia constitucional, en cuanto que, si bien ambas provienen en forma directa e indirecta de una fuente común (Comon Law), en nuestro sistema nacional, el Código Procesal Civil de 1993, la derogada Ley Procesal del Trabajo N° 26636 o la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 nunca han otorgado al Acuerdo Plenario la categoría de Fuente de Derecho absoluto o al nivel del precedente vinculante, en cuanto que su apartamiento interpretativo no se encuentra condicionado en forma exclusiva a los mecanismos del distinguishing o al overruling (propios del precedente constitucional), sino a la facultad de motivar adecuadamente⁵ al momento de realizar el fallo, aunque muchas veces su principio tutelar - Motivación de las Resoluciones Judiciales- se encuentre limitada en la realidad por el control "jurisprudencial e interpretativo" por los organismos superiores⁶.

4. El principio de *indubio pro operario*

Tal como lo había afirmado la doctrina laboralista clásica durante el periodo de apogeo de los treinta años gloriosos (post segunda guerra mundial),

² LUIS VINATEA RECOBA y JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU, "Análisis y Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo", Edit. Gaceta Jurídica, 2012, Lima, pág. N° 227

³ ELMER HUAMAN ESTRADA, "Comentarios y críticas al Primer Pleno Laboral Supremo" Revista Soluciones Laborales N° 56, agosto, 2012, pág. N° 73

⁴ FRANCISCO JAVIER ROMERO MONTES, "El Nuevo Proceso Laboral", Edit. GRIJLEY, 2 Edición, 2012, Lima, pág. N° 270

⁵ El Principio de Motivación de las resoluciones judiciales se encuentra consagrada en el inciso 5) del artículo N°139 de nuestra Constitución Política del Estado al detallarse que "Son Principios y Derechos de la función jurisdiccional...la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa a la Ley aplicable y de los fundamentos de hecho que se sustenten"

⁶ Tal situación nos conllevaría a la siguiente reflexión, si en la realidad el Principio de Motivación de las Resoluciones Judiciales impide que la autoridad del Estado se convierta en una dictadura por el ejercicio arbitrario del imperio del Estado en sede judicial, tal como lo había señalado el autor JUAN F. MONROY GALVEZ en su "Teoría General del Proceso", en cuanto que muchas veces los argumentos esgrimidos por los órganos inferiores, son revocados por la Corte Suprema si no se adhieren a los criterios adoptados en los acuerdos plenarios.

se había considerado en forma unánime que el Principio Protector era el núcleo central y básico del sistema de interpretación y aplicación de las normas jurídicas en el Derecho del Trabajo, en tanto que la misma se disgregaba en tres principios operativos para poder equilibrar las desiguales relaciones de trabajo, esto son, el *Indubio pro Operario*, la Interpretación más favorable al trabajador y la condición más beneficiosa.

En efecto, tal como lo habían descrito diversos investigadores, existía una aceptación pacífica en la doctrina por el cual, de todos los principios tutelares, el que destacaba como principio supremo es el tuitivo o de protección del trabajador, que tiene su origen y explica su necesidad en la desigualdad inherente a la propia relación de trabajo, que determina que haya una parte fuerte –el empleador–, pletórica de poderes, y otra parte débil –el trabajador– cargada de deberes⁷. Por ello se consideraba que la viabilidad de los principios era el reconocimiento de que el vínculo laboral no era una relación entre iguales, sino, muy por el contrario, entre partes notoriamente distintas en sus capacidades, facultades y obligaciones lo que obliga a la necesidad de un derecho que genere una desigualdad de signo inverso, un derecho deliberadamente equilibrador que atribuya privilegios al débil al tiempo de limitar las atribuciones del fuerte, poniendo "fin al absolutismo patronal"⁸.

Para ello, para afrontar la clásica interpretación por parte de la Teoría General del Derecho y del Derecho Civil, sobre los tres criterios sucesivos para la determinación de la norma aplicable: la jerarquía, la especialidad y la temporalidad⁹, el Derecho del Trabajo, a su vez, había formulado un principio específico para la hipótesis del conflicto: la norma más favorable; así, según el autor Javier Neves Mujica¹⁰, cuando dos normas regulen incompatiblemente el mismo hecho, deberá seleccionarse la que conceda

7 MARIO PASCO COSMOPOLIS, "Reafirmación de los Principios del Derecho del Trabajo" en Libro en homenaje al Dr. Américo Pla Rodríguez, Edit. GRIJLEY, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – SPDTSS, 2008, Lima, pág. N° 6.

8 En palabras de FRANCISCO DE FERRARI en su obra "Derecho del Trabajo – De las relaciones individuales de trabajo", Volumen II, Edit. Depalma, 1979, Buenos Aires, pág. 122, nosotros creemos, por todo esto, que el contrato de trabajo no ha perdido lo que tiene de esencial, se ha despojado con el tiempo solamente de lo que tenía de accesorio y secundario.

9 Ya es conocida dentro de la comunidad jurídica que en la aplicación del artículo III del título preliminar del código civil, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Estado- las antinomias provenientes de normas procesales contradictorias, deberían calificarse conforme a la jerarquía (prevalece la norma de rango superior con respecto al de rango inferior), generalidad (la norma especial posee prevalencia sobre la norma general) o la temporalidad (norma posterior prevalece sobre una norma anterior).

10 JAVIER NEVES MUJICA, "El Principio de la Norma más Favorable", en Libro en homenaje al Dr. Américo Pla Rodríguez, Edit. GRIJLEY, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – SPDTSS, 2008, Lima, pág. N° 55.

más ventajas para el trabajador, mediante el cual -según el criterio de jerarquía- debería preferirse una de las normas, pero conforme al de temporalidad o generalidad, la norma que mejor proteja o beneficie a la parte más débil.

Sin embargo, en las últimas décadas tras la caída de la Unión Soviética y el derrumbamiento del Muro de Berlín, diversas voces liberales proclamaban que la enorme fuerza expansiva del criterio progresivo en la legislación laboral era perniciosa para la competitividad y la economía internacional, en tanto que la progresiva protección generaba rigideces que atentaban contra la vivacidad de las empresas, restándoles capacidad para competir dentro de un mundo globalizado; en efecto, como lo han resaltado diversos autores¹¹, el afán de desregulación y flexibilización en las relaciones de trabajo respondía a una propuesta teórica neoliberal dirigida por los economistas Otto Von Hayek y Milton Friedman, bajo el sustento de las premisa cumbre: Eliminación o abatimiento de la intervención estatal protectora inicial del trabajador individual y restricción de la autonomía colectiva, ambas cosas hasta el límite de lo políticamente posible¹².

5. La reforma *in peius*

Para poder aminorar el Principio de Progresividad y no Regresividad conforme a lo regulado en el artículo N° 26 de la Convención Americana so-

11 Entre los cuales destaca el autor uruguayo OSCAR ERMIDA URIARTE, "La Flexibilidad"- Documento de Trabajo N° 124, Oficina Internacional de Trabajo – Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú, Oficina de área y equipo técnico multidisciplinario para los países andinos, 2000, pág. 14.

12 Por ello consideramos que el autor uruguayo sustenta acertadamente que el programa para alcanzar ese objetivo por parte de la teoría neoliberal era, por una parte, la no intervención del Estado en las relaciones individuales de trabajo de forma tal que cada trabajador negocie libre e individualmente con el empleador, la venta de su fuerza de trabajo. Llevada a sus máximas consecuencias teóricas -no realizadas y tal vez no realizables en la práctica- esta propuesta supone la abrogación de la legislación del trabajo y su sustitución por el Derecho civil, así como la abstención estatal en el área administrativa y judicial (con la consecuente abolición de la Administración del trabajo y de la Justicia especializada). Asimismo, para que la individualización de las relaciones laborales fuera completa, sería necesario, además, evitar la acción sindical, la autonomía y la autotutela colectivas.

Por eso, por otra parte, la segunda propuesta laboral de los economistas, luego de proscribir la intervención estatal en las relaciones individuales de trabajo, era -en una aparente contradicción- en postular la intervención restrictiva del Estado en sede de relaciones colectivas de trabajo. Aquí sí -se dice debería haber legislación que proscribiera -o limitara hasta el límite políticamente posible la acción sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga. ¿Por qué? Porque en esta concepción económica, la acción sindical, la negociación colectiva y la huelga son prácticas monopólicas a través de las cuales los trabajadores tratan de elevar artificialmente el precio de la mercadería que venden -su trabajo-, «ensuciando» el libre juego de la oferta y la demanda entre cada trabajador individualmente considerado y cada empleador concreto.

Esto explica que por lo general, las demandas de flexibilización se concentren en el Derecho individual del trabajo y -al menos en Latinoamérica- no se inquieten por el carácter restrictivo que a menudo ostenta la legislación sindical. "La Flexibilidad"- Documento de Trabajo N° 124, Oficina Internacional de Trabajo – Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú, Oficina de área y equipo técnico multidisciplinario para los países andinos, 2000, pág. 10.

bre Derechos Humanos – C.A.D.H.- o minimizar los costos negativos que ocasionaba la negociación colectiva así como el incremento de conceptos remunerativos conforme a la indexación salarial, las corrientes flexibilizadoras propusieron la teoría jurídica de la reforma en peor –*reformatio in peius*–, mediante el cual las partes podían acordar la reducción de remuneraciones, suspensión de bonificaciones, supresión del procedimiento de despido, ceses colectivos, etc.; con la finalidad que los presentes acuerdos puedan reactivar la economía que se encontraba en crisis, sin que se detalle su temporalidad o su vigencia – o si su ejecución solamente se condicionaba a la vigencia de una crisis.

Por lo que, la presente teoría fue llevada casi plenamente a la práctica en nuestra legislación nacional, dado que, si bien se mantuvo la existencia de normas especiales mínimas, pero en materia de protección de los derechos individuales y colectivos de carácter irrenunciable fueron sustituidas por una mayor intervención y limitación por parte de los empleadores sin una mayor justificación o razonabilidad, así como la sustitución de acuerdos que conlleven a desconocer derechos, aún reconocidas por la legislación nacional con carácter de mínimas; por tal razón, con la reforma de 1991, la negociación colectiva tuvo un escenario nuevo, muy diferentes las regulaciones existentes que eran de extrema conflictividad; por ello se indica¹³ que mediante la Ley N° 25593, la original Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo – LRCT –, revirtió el esquema y rescató la autonomía de los integrantes en la negociación, mediante acuerdos amplios y flexibles, así como la mediación o el arbitraje como medios de solución de conflictos, adoptando una reiterada postura denominada "reformatio in peius".

Por tal razón, no sorprendía que –ahora desde una óptica jurídica sustentada en la nueva Constitución Política del Estado de 1993– las posturas flexibilizadoras propusieran constantemente la suspensión definitiva de los principios tutelares del Derecho del Trabajo –tales como el de la Primacía de la Realidad, *Indubio Pro Operario*, Irrenunciabilidad de Derechos, a pesar de encontrarse reconocidos en la propia Constitución– del sistema jurídico nacional e internacional, exaltando en forma retórica que las partes deberían tener más poder de negociación al regular sus necesidades conforme a las reglas de la libertad, existiendo la posibilidad de suprimir o suspender ciertos acuerdos si consideraban que los derechos adquiridos

¹³ ANNA VILELA ESPINOSA y JORGE BERNEDO ALVARADO, "Relaciones Colectivas de Trabajo. El escenario peruano y sus desafíos", en Alcances y Eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, Inspección y Derechos Colectivos, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social – SPDTSS, 2006, Chiclayo, pág. N° 541. ALFREDO VILLAVICENCIO RIOS, "Los grandes desafíos de los Derechos Colectivos del Trabajo en un (hasta ahora) adverso Siglo XXI", en Alcances y Eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, Inspección y Derechos Colectivos, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social – SPDTSS, 2006, Chiclayo, pág. N° 564.

en materia laboral pudiesen afectar su rentabilidad económica¹⁴, o en otros términos, que los nuevos actores dinámicos puedan contar con mecanismos jurídicos que le permitan ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo ante las fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico, las innovaciones tecnológicas y otros factores que demandan ajustes con celeridad, con el fin de evitar que el reconocimiento de derechos adquiridos o interpretaciones a favor de una de las partes puedan fomentar una nueva rigidez laboral en materia legislativa. Aspecto que hasta la actualidad aún se mantiene vigente, al no existir un criterio jurisprudencial unificado o reiterado, por parte de los órganos jurisdiccionales, que disponga una interpretación razonable de los convenios colectivos o pactos privados laborales conforme a la irrenunciabilidad e interpretación favorable.

6. Interpretación de los convenios colectivos

Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la aplicación de la reforma in peius ha generado que la viabilidad del Principio Protector sea analizada desde dos ópticas completamente diferentes, esto es, desde una visión de escisión de las cláusulas normativas de las cláusulas obligacionales al momento de interpretar un convenio colectivo, y la otra diseñada desde una visión integral del convenio, en donde las cláusulas (tanto normativas como las obligacionales) sean analizadas por los métodos de interpretación general del derecho ante dudas razonables y no de una diferenciación meramente contractual amparada por los criterios desarrollados en el código civil peruano de 1984.

Tan es cierto lo afirmado que, para un sector de la doctrina nacional (desde la década del 90), la parte obligacional del convenio colectivo poco o en nada se diferenciaba de los pactos incorporados a cualquier acuerdo privado, que tienen fuerza de ley entre los contratantes (conforme al principio civil del *pacta sunt servanda*), mientras que los acuerdos normativos del Convenio era el conjunto de acuerdos que predetermina el contenido de los contratos individuales de trabajo, ordenándolos y disciplinándolos en

14 Una de las anécdotas comentadas por el autor MARIO PASCO COSMOPOLIS en su artículo denominado "Reafirmación de los Principios del Derecho del Trabajo" en Libro en homenaje al Dr. Américo Pla Rodríguez, Edit. GRIJLEY, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – SPDTSS, 2008, Lima, pág. N° 11, es que el principio de interpretación de la regla más favorable para el trabajador fue objeto de debate (y posee hasta la actualidad serios cuestionamientos por parte de algunos autores liberales y neoliberales) en el X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Montevideo, 1988), en donde el ius laboralista Octavio Bueno Magano, propugnó su supresión, por ser más los problemas que crea que los que resuelve. En dicho Congreso, en efecto, las diversas ponencias, que giraban en torno a la aplicación de la referida regla, disentían en cuanto al mecanismo más apropiado, dada las dificultades intrínsecas que derivan tanto del método del conglobamiento como del de acumulación, resultando además ambiguo el método del conglobamiento por institutos, que aparecía como fórmula intermedia.

bloque; por tanto, la parte normativa, en consecuencia, solamente afectaba a los terceros ajenos a la misma, mientras que las partes obligacionales no, pudiendo ser modificadas a voluntad de una de ellas.¹⁵

Para ello, la presente teoría se sustenta en que la parte normativa del Convenio consta de cuatro tipos de materias o aspectos: la materia económica que comprende todos los aspectos relativos a la remuneración del trabajador, la materia laboral que comprende los elementos determinantes del estatus del trabajador en la empresa, la materia asistencial que afecta la situación social- condición de vida de los trabajadores y finalmente, la materia sindical que supone la instauración de mecanismos de representación y acción colectiva, tanto en una perspectiva empresarial como supra empresarial; mientras que las cláusulas obligacionales solamente se aplica sobre los acuerdos de hacer y no hacer brindados por los sujetos negociadores, quienes son sus únicos destinatarios, en donde el sujeto negociador por la parte laboral es la dirigencia sindical o, en caso de no existir sindicato, los representantes de los trabajadores, conforme a las reglas de los contratos establecidos en el Código Civil de 1984¹⁶.

Pero, ante tal tesis, sería razonable y prudente hacernos la siguiente pregunta: ¿Existiendo o pudiendo existir, en las convenciones colectivas, cláusulas obligacionales y cláusulas normativas, sería muy simple que se dijera que las primeras deben ser interpretadas según la manifestación conjunta de las partes y las segundas dentro del sistema de hermenéutica de las leyes?¹⁷ En tal referencia, una diferente posición teórica –a la que

15 RICARDO HERRERA VASQUEZ, "Algunas reflexiones acerca de la interpretación del Convenio Colectivo de Trabajo", Revista THEMIS N.º 23, PUCP, 1992, Lima, pág. N.º 23; en el cual expone su tesis (que no compartimos) al concluir que las cláusulas normativas deben ser Interpretadas en base a los métodos de hermenéutica normativa, mientras que las obligaciones deben serlo en función a las reglas de interpretación de los contratos. Asimismo, al final detalla que aplicar el "in dubio" sería propiciar un desequilibrio en contra del empleador, debido a un exceso de protección del trabajador, una especie de enriquecimiento indebido, ante la doble tutela del trabajador, al darle, además de la autonomía colectiva, el "in dubio" sobre el Convenio Colectivo.

16 En forma contraria a lo señalado por el autor, conviene precisar que el profesor francés JEAN CLAUDE JAVILLIER, en su libro "Derecho del Trabajo", Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 2 Edición, París, 1982,pág.Nº576; concibe el efecto progresivo del convenio colectivo (mediante cláusulas nacionales y cláusulas facultativas), mediante la adopción de disposiciones más favorables para los trabajadores que las leyes y reglamentos en vigor, relativas a la condición de trabajo y beneficios sociales, en la que en su vigencia no puede derogar más que para mejor, a las leyes en vigor. Además, los maestros G.H CAMERLYNCK y GERAD LYON CAEN –"Derecho del Trabajo", Edit. Aguilar, 5 Edición, París, 1972, pág. N.º 430- sostienen con meridiana claridad que los convenios normalmente mejoran la condición de los trabajadores, y su aplicación inmediata no provocará ninguna regresión negociada, pues mantiene las mejoras adquiridas en forma permanente.

17 La presente pregunta fue formulada por el profesor italiano RUSSOMANO en su artículo "Interpretación de las convenciones colectivas de trabajo" y que lo conmemorara el profesor español ALFREDO MONTOYA MELGAR en su trabajo "Interpretación del Convenio Colectivo – Apuntes del Derecho Comparado", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España N.º 68, pág. N.º 102.

me adhiero completamente- ha sustentado, y con razón, que lo cierto es que la presente institución se configura de un modo unitario al momento de interpretar las cláusulas normativas y obligacionales, asumiéndose un sincretismo que preside en la práctica las reglas de interpretación del convenio colectivo, unificación que en principio opera con independencia de que se esté interpretando una cláusula obligacional o normativa, aunque su juego habitual se produzca respecto de la interpretación de las cláusulas más frecuentes e importantes, que son sin ninguna duda las que conforman la parte normativa del convenio colectivo.¹⁸

En tal sentido, consideramos que conforme a una interpretación integral de las cláusulas del convenio, el Principio Protector aún se mantendría vigente, en cuanto que sus acuerdos surtirán afectos erga omnes para terceros y su negociación obligacional se podrá sustentar en base a una actual progresión de los derechos y reconocimiento de los derechos fundamentales.

7. ¿Un retorno a la sensatez?

Conforme a los argumentos vertidos, el lector podrá evaluar que si bien la *Reformatio In Peius* ha sido una tendencia teórica y jurisprudencial durante varios años en nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo, así como en la jurisprudencia ordinaria, en la actualidad tal criterio restrictivo viene siendo suplida por una adecuada aplicación del Principio laboral del *Indubio Pro Operario* consagrado en el inciso 3) del artículo N° 26 de nuestra Constitución Política del Estado de 1993, mediante la implementación de un Acuerdo Plenario en materia laboral, cuyos términos son de obligatorio cumplimiento para todos los órganos jurisdiccionales, salvo que los magistrados se aparten del acuerdo plenario mediante una resolución motivada.

Por consiguiente, nos encontramos en la condición de señalar, con un entusiasmo prudente, que la ejecución del III Acuerdo Plenario en materia laboral permitirá una aplicación inmediata y ponderada de los Principios Laborales tutelares ante cualquier criterio privado -por parte de una de las partes- de limitar su ejercicio, o incentivará a los jueces a fundamentar oportunamente sus decisiones en caso que quisieran apartarse del acuer-

¹⁸ ALFREDO MONTOYA MELGAR en su trabajo "Interpretación del Convenio Colectivo – Apuntes del Derecho Comparado", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España N° 68, pág. N° 106. De igual manera, el autor JAVIER NEVES MUJICA ha discernido que, en su trabajo "Reglas Constitucionales para la aplicación de la norma laboral", en el supuesto de la sucesión normativa peyorativa, surgirá una nueva y fundamental discrepancia doctrinaria: ¿será o no de aplicación el principio de la condición más beneficiosa a ese supuesto? Este principio permite la conservación de las ventajas alcanzadas por el trabajador, a pesar de la eliminación y sustitución peyorativa del acto que las produjo

do en forma preliminar, arguyendo alguna doble naturaleza del convenio colectivo o una interpretación literal – sistemática que conlleve en desconocer derechos aprobados o adquiridos por los trabajadores durante cierto periodo.

Asimismo, mediante el desarrollo del presente tema, las conclusiones nos podrán llevar a la siguiente reflexión: De poco o nada vale proclamar el Principio Protector, si diversas leyes no son reconocidas por los órganos jurisdiccionales al momento de resolver una causa determinada, ni mucho menos por la ciudadanía peruana cuando se califica negativamente los efectos reales de una negociación colectiva.

8. Conclusiones

1. Tal como lo había afirmado la doctrina laboralista clásica durante el periodo de apogeo de los treinta años gloriosos (post segunda guerra mundial), se había considerado en forma unánime que el Principio Protector era el núcleo central y básico del sistema de interpretación y aplicación de las normas jurídicas en el Derecho del Trabajo, en tanto que la misma se disagregaba en tres principios operativos para poder equilibrar las desiguales relaciones de trabajo, esto es, el *Indubio pro operario*, la Interpretación más favorable al trabajador y la Condición más beneficiosa.
2. Para poder aminorar el Principio de Progresividad y no Regresividad conforme a lo regulado en el artículo N° 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – C.A.D.H.- o minimizar los costos negativos que ocasionaba la negociación colectiva
- 3.
4. así como el incremento de conceptos remunerativos conforme a la indexación salarial, las corrientes flexibilizadoras propusieron la teoría jurídica de la reforma en peor – *reformatio in peius* -, mediante el cual las partes podían acordar la reducción de remuneraciones, suspensión de bonificaciones, supresión del procedimiento de despido, ceses colectivos, etc.; con la finalidad que los presentes acuerdos puedan reactivar la economía que se encontraba en crisis, sin que se detalle su temporalidad o su vigencia – o si su ejecución solamente se condicionaba a la vigencia de una crisis.
5. Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la aplicación de la reforma *in peius* ha generado que la viabilidad del Principio Protector sea analizada desde dos ópticas completamente diferentes,

esto es, desde una visión de escisión de las cláusulas normativas de las cláusulas obligacionales al momento de interpretar un convenio colectivo; y la otra diseñada desde una visión integral del convenio, en donde las cláusulas (tanto normativas como las obligacionales) sean analizadas por los métodos de interpretación general del derecho ante dudas razonables y no de una diferenciación meramente contractual amparada por los criterios desarrollados en el código civil peruano de 1984.

6. Por último, conforme a los argumentos vertidos, se podrá evaluar que si bien la *Reformatio In Petius* ha sido una tendencia teórica y jurisprudencial durante varios años en nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo, así como en la jurisprudencia ordinaria, en la actualidad tal criterio restrictivo viene siendo suplida por una adecuada aplicación del Principio laboral del *Indubio Pro Operario* consagrado en el inciso 3) del artículo N° 26 de nuestra Constitución Política de 1993, mediante la implementación de un Acuerdo Plenario en materia laboral, cuyos términos son de obligatorio cumplimiento para todos los órganos jurisdiccionales, salvo que los magistrados se aparten del acuerdo plenario mediante una resolución debidamente motivada.

Suspensión perfecta de Labores, controversias en torno ¿A su eliminación?*

Elmer Noé Huamán Estrada**

Universidad de Piura

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Obligaciones dentro del contrato de trabajo / 3. Clases de suspensión / 3.1. Suspensión perfecta / 3.2. Suspensión imperfecta / 4. La suspensión del contrato de trabajo / 5. Suspensión perfecta en el marco del COVID / 6. Causales para aplicar la suspensión perfecta de labores / 6.1. Imposibilidad de trabajo remoto e imposibilidad de la licencia con goce de haber compensable / 6.2. Afectación económica / 7. Procedimiento de comunicación de la suspensión perfecta de labores / 7.1. Aprobación de suspensión perfecta / 7.2. Desaprobación de suspensión perfecta / 8. Estadística con respecto a la suspensión perfecta de labores / 8.1. Análisis por meses / 8.2. Análisis por el tipo de actividad realizada / 9. ¿Eliminación de la suspensión perfecta?

1. Introducción

Para un correcto entendimiento con respecto a la suspensión del contrato de trabajo y la suspensión perfecta o imperfecta, es necesario determinar las obligaciones dentro del contrato laboral y cuáles son las principales obligaciones para ambas partes del contrato de trabajo ya que como bien es sabido, la relación laboral cuenta con dos partes: el empleador y el trabajador.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo y Derecho Laboral, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 20 de noviembre del 2021

** Abogado por la Universidad de Piura. Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social PUCP. Docente de Derecho Laboral y Procesal Laboral en la Universidad Tecnológica del Perú. Ha sido docente de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura y profesor adjunto en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Autor de diversos libros y artículos de investigación, notas y publicaciones periodísticas en materia de Derecho Laboral. Expositor en Congresos y eventos nacionales e internacionales. Asociado senior del área laboral en Lazo & De Romaña abogados.

2. Obligaciones dentro del contrato de trabajo

En virtud del contrato de trabajo surgen una serie de obligaciones para ambas partes debido a que se refiere a un contrato de prestaciones recíprocas o sinalagmático —como se le denomina en el Derecho Civil—.

En el contrato de trabajo las obligaciones de ambas partes se corresponden; nacen y son exigibles a partir de la otra. Por ende, esas obligaciones recíprocas esenciales para las partes de la relación del trabajo son: en el caso del trabajador, prestar de manera personal su servicio; y respecto al empleador, otorgar la remuneración en base a la labor efectuada.

La doctrina moderna en torno al contrato de trabajo señala que no necesariamente el trabajador debe prestar de manera efectiva el servicio, sino que debe poner en disposición la posibilidad para que el empleador dirija dicha prestación personal de servicio, ello justifica que si un trabajador se dirige a su centro de trabajo, pero el empleador no le asigna ninguna labor —no realizando un trabajo efectivo durante la jornada— este tendrá el derecho al pago del día, debido a que cumplió con poner a disposición al empleador su fuerza de trabajo. Siendo el empleador quien tiene la obligación de encauzar dicha puesta de disposición y brindarle un trabajo efectivo, por ejemplo: en el caso de que un abogado trabaje en un estudio de abogados, pero los socios y dueños de este no le asignan un trabajo, ello no justifica que no se le pague el salario por esos días.

En suma, para una parte de la doctrina la obligación del trabajador consiste en poner a disposición su fuerza de trabajo, mientras que para otros autores la obligación consiste en brindar de manera efectiva el servicio. Por lo que se considera al primer planteamiento como el más acertado, entendiendo que la obligación del trabajador consiste en poner a disposición del empleador para que este último la use o no.

En esa línea, las obligaciones laborales son recíprocas: el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo y el empleador le paga al trabajador como retribución por el servicio brindado; no obstante, la reciprocidad no siempre se encontrará presente en el contrato de trabajo, siendo este la esencia de su suspensión.

3. Clases de suspensión

3.1. Suspensión perfecta

Si ambas obligaciones se suspenden, entonces la suspensión del contrato de trabajo será perfecta, lo que implica que el trabajador no tiene la obliga-

ción de prestar sus servicios o de poner a disposición su fuerza de trabajo y, por su parte, el empleador no cuenta con la obligación del pago de salario ni de beneficios laborales.

3.2. Suspensión imperfecta

La suspensión será imperfecta cuando solamente una de las obligaciones se suspende, dicha obligación es la del trabajador de prestar sus servicios o de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo, mientras que las obligaciones del empleador se mantienen.

Dentro de ambas modalidades de suspensión del contrato de trabajo se pueden encontrar diversos supuestos de suspensión perfecta e imperfecta. Vale precisar que cuando se hace referencia a la derogación de la suspensión perfecta de labores, esta consiste únicamente a la derogación de un supuesto de la misma; es decir, no se suprime como género, ya que existen otros supuestos de suspensión perfecta que se encuentran vigentes y se manifiestan de manera cotidiana; por ejemplo, una licencia sin goce de haberes que solicita el trabajador a su empleador.

4. La Suspensión del contrato de trabajo

La suspensión del contrato de trabajo implica la cesión temporal de las principales obligaciones, que podrán ser ambas si la suspensión es perfecta o solo una de ellas si la suspensión es imperfecta.

La legislación laboral peruana no establece —de manera precisa— qué supuestos encajan en el concepto de suspensión imperfecta o perfecta de labores; sin embargo, la norma laboral detalla algunos casos o supuestos de la suspensión perfecta. No obstante, mediante un análisis práctico de cada caso se pueden clasificar estas situaciones como suspensión perfecta o imperfecta; por ejemplo, la sanción disciplinaria que le impone el empleador al trabajador —en vez de despedirlo— es un supuesto de suspensión perfecta, en el que el trabajador deja de laborar durante el periodo de la suspensión o la sanción y el empleador no efectúa el pago del salario.

Las vacaciones también constituyen un supuesto de suspensión del contrato de trabajo, pero de suspensión imperfecta, debido a que el trabajador deja de laborar durante el periodo de vacaciones, mientras que el empleador continúa realizando el pago del salario.

Por otro lado, la huelga constituye un supuesto de suspensión perfecta; en la que mediante la aprobación de la autoridad ese periodo de huelga puede ser considerado para algunos beneficios —como la compensación

de tiempos de servicios y las vacaciones—; no obstante, la aprobación no significa que dicho periodo será remunerado. En suma, cada uno de los supuestos regulados por la ley laboral peruana deberán ser analizados en la práctica, para que con ello se pueda verificar si nos encontramos frente a un supuesto de suspensión perfecta o imperfecta.

La suspensión del contrato como institución del Derecho del Trabajo está fundamentada en el respeto del principio de continuidad que busca la conservación de la vigencia del contrato de trabajo, siendo uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo reconocido por el maestro uruguayo Américo Pla Rodríguez en su libro "Principios del Derecho del Trabajo".

Ahora bien, en el contexto del inicio de la pandemia causada por el COVID, el Poder Ejecutivo reguló un marco normativo específico para la suspensión perfecta del contrato de trabajo, un argumento para exponer la necesidad de regular e impulsar esta suspensión perfecta era que los trabajadores no se quedarían sin empleo; es decir, los defensores de esta suspensión mencionaban que se iba a respetar y conservar las relaciones de trabajo. Lo que es correcto porque la suspensión de trabajo —sea imperfecta o perfecta— no extingue la relación laboral, sino justifica la suspensión de las obligaciones por alguna causa contemplada por la norma, observando la vigencia, la subsistencia y permanencia del contrato de trabajo.

En ese sentido, los deberes de buena fe se mantienen incluso en una suspensión del contrato de trabajo; por ejemplo, el trabajador durante sus vacaciones podría cometer una falta grave por algún supuesto que perjudica al empleador o a sus compañeros de trabajo y este puede ser sancionado, pese a que se encuentre en una situación de suspensión del contrato de trabajo, debido a que sus deberes de buena fe se mantienen vigentes y exigibles. El salario se pagará cuando la suspensión del contrato de trabajo sea imperfecta.

En esa línea, para la obtención de algunos beneficios en la suspensión del contrato de trabajo —y en específico, en la suspensión perfecta—es computable para el cálculo de ciertos beneficios; por ejemplo, si la huelga es aprobada por la autoridad, dicho periodo es computable para el cálculo de CTS y vacaciones. La suspensión imperfecta, como implica una percepción de remuneración, será computable para el cálculo de los otros beneficios. Una vez finalizada la causa de suspensión, el trabajador tiene el derecho a regresar a su trabajo y, por consiguiente, a continuar con la percepción de su salario y beneficios laborales.

5. Suspensión perfecta en el marco del COVID

Se debe tener en cuenta que la suspensión perfecta de labores existía desde mucho antes de la emergencia sanitaria y la irrupción del COVID; es decir, la emergencia sanitaria no crea la suspensión perfecta de labores por crisis empresarial.

La suspensión perfecta de labores es una de las figuras clásicas del Derecho del Trabajo, junto a la extinción del contrato de trabajo, el nacimiento y la celebración de los contratos de trabajo. En los años 70 y 80 del siglo pasado se planteaba la figura de la suspensión del contrato de trabajo, prueba de ello son los manuales de Mario de la Cueva y en el caso argentino de los hermanos Cabanellas que abordaban esta temática.

En definitiva, desde la década de los 90 existía una regulación de la suspensión de contrato de trabajo y de ambos supuestos: imperfecta o perfecta. Al respecto, ya se encontraba regulada un tipo de suspensión perfecta adaptable a situaciones de crisis empresarial, dicho supuesto de suspensión, regulado en la normativa y que se hubiera podido adaptar a una situación como el COVID, es la de suspensión perfecta por caso fortuito o fuerza mayor. Supuesto que se viene utilizando como en el caso de que los trabajadores de una minera se veían imposibilitados de llegar a su centro de trabajo a causa de una obstrucción en la carretera, dicha minera solicitó una suspensión perfecta de los contratos de los trabajadores ante el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En definitiva, se puede aseverar que la suspensión perfecta existía desde antes. Únicamente se ha impulsado a que el legislador establezca una suspensión perfecta para el escenario derivado del COVID, que flexibiliza y adapta a dicho escenario las causales para llevar a cabo la suspensión perfecta de labores, debido a que antes de la pandemia las dos causas eran: fuerza mayor o caso fortuito; pero posterior a la emergencia sanitaria se estableció como justificación un menor requerimiento para sustentarlo.

Ahora bien, la suspensión perfecta del contrato de trabajo —como institución— implica una afectación de derechos fundamentales del trabajador, afectando directamente el Derecho a la remuneración, Derecho a la ocupación efectiva referida a la imposibilidad que tiene el trabajador de brindar sus servicios y con tal prestación poder mejorar como persona o profesionalmente.

Por lo tanto, la suspensión perfecta del contrato de trabajo corresponde de una limitación y vulneración de los derechos fundamentales que exige la excepcionalidad de esta medida. Dicha excepcionalidad implica para el

empleador el deber de buscar otras medidas menos gravosas para la otra parte antes de acudir a la suspensión perfecta de labores; es decir, la suspensión perfecta se constituye como la última posibilidad con la que cuenta el empleador para brindar trabajo y salario a los trabajadores.

Se debe tener en cuenta que la norma que reguló el marco de la suspensión perfecta Ad hoc —suspensión perfecta para el COVID— le exigía al empleador buscar otras alternativas antes de optar por la suspensión perfecta de labores; por ejemplo, otorgar una licencia con goce de haber compensable o trabajar remotamente, si no era posible ambas alternativas, el empleador debe negociar con los trabajadores y plantear otras como la reducción de salarios, adelantar vacaciones, otorgar vacaciones ya generadas, buscando que la suspensión perfecta sea la última ratio.

Durante el inicio de la regulación de la suspensión perfecta se exigía que el empleador tuviera sindicatos y demuestre haber negociado con estos, por tal motivo existieron un gran número de procedimientos de suspensión perfecta de labores de grandes empresas, que cuentan con sindicatos, que han sido rechazados por la autoridad administrativa, debido a que no se cumplió con el requisito de negociación.

6. Causales para aplicar la suspensión perfecta de labores

6.1. Imposibilidad de trabajo remoto e imposibilidad de la licencia con goce de haber compensable

Las justificaciones para la suspensión perfecta en el marco del COVID no fueron el caso fortuito o fuerza mayor, sino que fueron causas o justificaciones adaptadas a la pandemia como la imposibilidad del trabajo remoto o de otorgar licencia con goce de haber compensable, esto por la naturaleza de las actividades; por ejemplo, al no tener los restaurantes la posibilidad de realizar un trabajo remoto, ni licencia con goce de haber compensable.

6.2. Afectación económica

La otra justificación era un aspecto cuantitativo referido a que se podía demostrar con números la afectación económica, ello significaba no tener ventas en el mes de abril o determinar una cantidad de ventas menores al mes en comparación al año pasado o, simplemente, no tener ventas. En pocas palabras, cuando se demostraba que existía una afectación económica también se podía solicitar la suspensión perfecta de labores. El legislador peruano optó por una flexibilización en las causales preexistentes y las adaptó al COVID, porque el caso fortuito o fuerza mayor que se entiende antes del presente marco normativo no contaba con la facilidad de ser adaptable a la pandemia.

7. Procedimiento de comunicación de la suspensión perfecta de labores

Los empleadores deben llevar un procedimiento ante el Ministerio de Trabajo, que implicaba una primera etapa de revisión por parte de la inspección del trabajo perteneciente a la SUNAFIL, la cual consistía en un procedimiento virtual en el que se solicitaba la documentación por parte de la inspección para que posteriormente el Ministerio del Trabajo revise y determine la aprobación o no de la solicitud de suspensión perfecta de labores justificada por la pandemia.

7.1. Aprobación de suspensión perfecta

Si se aprobaba la suspensión perfecta, se ratificaba la validez de la decisión del empleador que se había ejecutado con anterioridad —aproximadamente dos o tres meses antes— porque la suspensión perfecta de labores unilateral, impuesta por el empleador por causas de COVID, se ejecutaba sin la necesidad de la autorización del Ministerio de Trabajo y como resultado del procedimiento dicha institución confirmaba su validez o, en su defecto, la desaprobaba.

7.2. Desaprobación de suspensión perfecta

Si la autoridad administrativa desaprobaba la decisión del empleador, todo el periodo de suspensión perfecta de labores cambiaba a una suspensión imperfecta de labores y el periodo transcurrido desde la decisión del empleador hasta el pronunciamiento de la autoridad administrativa se consideraba como laborado, pese a que no hubiesen existido labores efectivas, es por ello que algunas empresas buscan sopesar las consecuencias ocasionadas por una desaprobación de la suspensión perfecta de labores.

En el supuesto de que una empresa mandó a mil trabajadores a suspensión perfecta por un periodo de 6 meses, al desaprobarse dicha suspensión perfecta de labores, las consecuencias económicas serían sumamente gravosas ya que la empresa tendrá que asumir los salarios y beneficios de los mil trabajadores por esos 6 meses sin que hubiesen existido un trabajo efectivo. Sin embargo, no se trata de una disposición nueva debido a que con la suspensión perfecta por caso fortuito o fuerza mayor —dispuesta en el Decreto Supremo 0397 TR y antes regulada en la Ley de Fomento del Empleo— ya se encontraba regulada dicha consecuencia para el empleador. Además, al encontrarse plasmada en la ley, este debe conocer que al optar por la suspensión perfecta de labores podría sufrir aquella consecuencia en caso de que la autoridad la desaprobara.

8. Estadística con respecto a la suspensión perfecta de labores

8.1. Análisis por meses

Hace un par de meses el Ministerio de Trabajo publicó el Anuario Estadístico 2020, en él se puede analizar el registro de suspensión de labores en distintas etapas: en el mes de abril del año 2020, caracterizado por el auge del COVID y el desconcierto de las empresas al no saber cómo afrontar el pago de los salarios, se iniciaron 18 000 procedimientos de suspensión perfecta de labores; en el mes de mayo la cantidad se redujo a 11 427 procedimientos; en el mes de junio la cifra cayó hasta las 2 907 peticiones de suspensión perfecta; siguiendo la misma tendencia en los meses de julio hasta septiembre; en el mes de octubre, en el contexto de la segunda ola de contagios y el regreso de las restricciones impuestas por el gobierno, existió un ascenso en la cantidad de procedimientos de suspensión perfecta de labores; no obstante, en noviembre y diciembre del año 2020 se muestra un porcentaje muy reducido de procesos.

En ese marco de ideas, es claro afirmar que aún no existe una estadística oficial con respecto a la suspensión perfecta de labores del año 2021, pero es muy probable que la cantidad de solicitudes de suspensión perfecta sea menor al de los últimos meses del año 2020.

8.2. Análisis por el tipo de actividad realizada

Según el tipo de actividad empresarial, se puede observar que los sectores en los que hubo un mayor número de procesos de suspensión perfecta son el sector comercio, reparación de vehículos y negocios automotrices, que en el mes de abril se inició la suspensión perfecta con una cifra de 4000 procesos, mientras que en el mes diciembre existieron 21 procesos de suspensión perfecta de labores. En tanto que hay otros rubros en los que ninguna empresa ha realizado un proceso de suspensión perfecta desde hace muchos meses, como el sector pesca durante los meses de noviembre y diciembre no se dieron procedimientos de suspensión perfecta; en los sectores de electricidad, luz y agua no hubo procesos desde el mes de diciembre, al igual que el sector de construcción.

En definitiva, la evolución de la suspensión perfecta de labores desde el mes de abril hasta la fecha tiene una tendencia de descenso, siendo además un descenso exponencial, ya que en algunos rubros ha existido una mayor reducción en comparación de otros. De acuerdo con las estadísticas brindadas por el Ministerio de Trabajo existen regiones dentro del territorio nacional que en el mes de diciembre no han tenido procesos de suspensión

perfecta como Pasco, Huancavelica, etc., mientras que en otras regiones solo se logró a tener un proceso, como en Lima que en abril comenzó con un total de 8 811 procedimientos, el mes de diciembre solo experimentó 122 procedimiento.

9. ¿Eliminación de la suspensión perfecta?

En el pasado mes de octubre no se ha derogado la suspensión perfecta de labores, debido a que esta ya existía como institución propia del derecho del trabajo. En otras palabras, no se ha eliminado, derogado o expulsado del ordenamiento jurídico laboral, únicamente se ha eliminado un supuesto coyuntural.

Es incorrecto pensar que la suspensión perfecta establecida en el contexto del COVID sea integrada de manera permanente al ordenamiento jurídico laboral, ya que la justificación de esta figura fue la crisis empresarial, la cual se ha reducido significativamente. Entonces, como toda norma coyuntural, cuando desaparece el acontecimiento que justifica su existencia ya no tiene razón de ser el marco normativo creado para ese panorama.

Se podría alegar que repercutiría en el quiebre de empresas y sería muy pernicioso para el sector en caso el número de suspensiones de labores hasta antes de su eliminación lo justificara, pero ello no ocurre debido a que a finales del año 2020 se usaba poco esta medida, por lo cual es probable que en el presente año la cantidad de procedimientos bajo esta modalidad se hayan reducido aún más. Entonces, cuando se ha derogado la suspensión de labores sustentada en el COVID, que estuvo vigente hasta octubre del 2021, no se eliminó una institución clave para el Derecho Laboral ni para las empresas, en buena cuenta se derogó algo que no se estaba usando o que se usaba muy poco.

Los empleadores pueden hacer uso de la suspensión perfecta de labores, junto con los supuestos que existen y que siempre han existido; por ejemplo, un adelanto de vacaciones, convenio de otorgamiento de vacaciones, reducción de salarios, reducción de jornadas, es decir, todas aquellas posibilidades que sean menos gravosas para el trabajador. En el caso de que no se puedan aplicar las medidas mencionadas anteriormente, existe la suspensión de labores por caso fortuito o fuerza mayor, debido a que nunca se derogó ni se suspendió estando presente en la normativa desde antes del COVID.

En esa línea, existen pronunciamientos por parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo sobre la suspensión perfecta por caso fortuito o fuerza mayor, mencionando que se necesita su aprobación y que se trata

de una institución excepcional, debido a que afecta derechos fundamentales —derecho al trabajo, a la remuneración y ocupación efectiva del trabajador— siendo la última oportunidad que tiene el empleador.

Un error grave que se presentó durante la pandemia es que, en su mayoría, no existieron posibilidades reales de negociación entre las partes, por lo que en muchos casos los trabajadores no deseaban la suspensión perfecta de labores, por el contrario, querían seguir trabajando a pesar de que esto no fuera razonable a causa de las complicaciones que los empleadores estaban experimentando; por otro lado, existían empleadores que no se encontraban afectados económicamente y contaban con otras opciones además de la suspensión perfecta de labores, pero aun así optaron por esta.

Lo importante tras su derogación —y siempre que haya una situación de crisis empresarial— es que exista una comunicación entre ambas partes (trabajador y empleador) antes de analizar una posible suspensión perfecta de labores y se conversen o negocien otras alternativas menos gravosas.

Sistemas de Pensiones: análisis de las recientes alternativas de reforma en la normativa peruana*

César José Gonzales Hunt**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Sistemas pensionarios vigentes en el Perú / 3. Sistema de Seguridad Social actual / 4. ¿A qué se enfrenta el sistema de pensiones actual? / 4.1 Problemas identificados por la CPS (2017) en materia de pensiones / 5. Necesidad de construir políticas públicas sostenibles respecto al Sistema de pensiones / 6. Retos de las políticas públicas en el marco de la seguridad social del Perú / 7. Tendencias de una reforma del Sistema de pensiones / 8. Propuestas de reforma / 9. Reflexiones finales

1. Introducción

Evidentemente, es importante analizar cómo la seguridad social se proyecta en el sistema de pensiones. Para ello, es necesario reconocer los mecanismos de protección social que resultan trascendentales en un Estado Social y Democrático de Derecho.

En la actualidad, qué duda cabe que la pandemia por el coronavirus ha alertado y mostrado claramente a nuestra sociedad —y a nivel mundial— la relevancia de estos temas, no solo en salud —concebida como aquella prestación propia de la seguridad social más recurrida en estos tiempos— sino también en aquel grupo de personas que ante la edad avanzada y el decaimiento de sus fuerzas laborativas están en posición de requerir —ante un estado de necesidad— la sustitución de los ingresos que normalmente le proveía el trabajo —bajo dependencia o independencia— por otro mecanismo que le permita a esta persona y al núcleo familiar que esta sostiene,

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo y Derecho Laboral, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 20 de noviembre del 2021.

** Socio en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Abogado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la misma casa de estudios. Doctor en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Universidad Complutense de Madrid (España). Máster en Estudios Avanzados en Seguridad Social por el Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social (CIESS) – Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España).

la posibilidad de gozar de una vida digna hasta el final de sus días. Y, ante su desaparición, la oportunidad de que aquellas personas que dependen sustantivamente de esta persona adulta mayor como el cónyuge, conviviente, hijos menores, ascendientes, puedan tener igualmente un mecanismo de protección. Es así como la articulación permite dotar este tipo de prestaciones, lo que idealmente desarrollan los sistemas de seguridad social, especialmente, el de pensiones.

2. Sistemas pensionarios vigentes en el Perú

En Perú, el sistema de protección social radicado en las pensiones contrapone dos modelos: el sistema público y el privado. En general, el primero se compone de dos grandes subsistemas —acompañado de otros menores— integrados por el Sistema Nacional de Pensiones con el Decreto Ley N° 19990, que afilia a los trabajadores públicos al igual que al sector privado, anexados desde el 11 de julio de 1992; y, por el Régimen de funcionarios públicos contemplado en el Decreto Ley N° 20530, que comprendía originalmente a aquellos empleados ingresados hasta antes de la fecha mencionada anteriormente, y que por leyes especiales se amplió su ámbito de aplicación, de forma que en el 2004 se cierra definitivamente con la reforma constitucional.

Posteriormente, además de estos dos ejes centrales, se visualizan otros regímenes focalizados, como el de los miembros de las FF. AA. y Policiales con el Decreto Ley N° 19846 o el de los funcionarios Diplomáticos, que, en principio, también se sustenta en el esfuerzo colectivo de los aportantes, de forma que cubre las prestaciones pensionarias de esas personas.

Ante este régimen, se tiene uno alternativo que compite en cuanto a la adscripción de las personas, rendido bajo una lógica sumamente distinta al Sistema Público de Pensiones descrito anteriormente. De tal manera que, si el pilar del enfoque público es la solidaridad, es decir, el esfuerzo colectivo; la piedra angular del Sistema Privado de Pensiones (AFP) es el esfuerzo individual. Por lo tanto, la persona que ingresa al mundo laboral deberá construir por sí misma, a través de aportaciones a una cuenta individual de capitales, una masa de dinero suficiente para que pueda obtener protección social en una edad avanzada.

Este segundo sistema, se ha visto amenazado en los últimos años por un fenómeno denominado como "deconstrucción"; esta apreciación filosófica señala que las paradojas internas de un sistema sirven de base para cuestionar a la misma. Entonces, este discurso presente desde la perspectiva liberal cuestiona qué sentido tiene que uno se encuentre sometido a un ahorro forzoso en la vida laboral para poder generar una prestación pen-

sionaria, cuando por sí misma la persona está en la posibilidad de sustituir este sistema y reservar por vías propias lo que considere necesario para después.

Evidentemente, esta perspectiva deconstruye parte de la clara identificación entre esa cuenta individual de capitales existente en una AFP y que vincula a uno directamente con ella. Aspecto que no ocurre con el sistema público, donde el fondo es de carácter colectivo, y, por tanto, no hay una clara identificación entre este —en el que aportan millones de personas— y el personal. De manera específica, lo descrito se proyecta en la Ley N° 30425 y su modificatoria, Ley N° 30478.

3. Sistema de Seguridad Social actual

Entre las implicancias respecto a la seguridad social actual en el país, se percibe que las aportaciones, que son determinantes —tanto en el sistema público como en el privado— han ido decayendo en el tiempo, debido a la aparición de ciertas disposiciones normativas que apuntan en ese sentido. Por lo que, podría postularse, por ejemplo, con la posibilidad de que las personas adelanten su ciclo laborativo al poder retirar antes los beneficios de su jubilación en contraste a lo que indica la regla general —a los 65 años de edad—. También se pueden evidenciar las altas tasas de desempleo, la desmesurada informalidad, los trabajos precarios, donde se ubica cierto grupo de la población que no aporta a ninguno de los sistemas. Incluso, a lo mencionado se le añade el incremento de expectativa de vida de los asegurados, que lleva a que lo estipulado en el fondo público para cada beneficiario sea una cantidad cada vez mayor, ya que el ciclo de pensión se alarga.

Otro punto importante es que no se realizan regularmente estudios actuariales que permitan determinar el nivel de recaudación necesario para cubrir las obligaciones pensionarias. En esta línea, tampoco existen políticas públicas que implementen reformas paramétricas y menos aún modificaciones estructurales. En consecuencia, no hay atención para solucionar los problemas de la cobertura, el desempeño de fondos reservas, la gestión del gobierno y los costos fiscales. Así también, se puede denotar la sustitución de las formas de empleo tradicional por otros tipos disruptivos.

4. ¿A qué se enfrenta el sistema de pensiones actual?

Como se ha expresado, un factor crucial es el envejecimiento de la población, la baja consistencia con la estructura del mercado laboral —empleos precarios, desempleo y subempleo— lo cual lleva a que sean menos personas las que aporten y que, en efecto, no tengan cubiertas sus necesidades

cuando se encuentren más vulnerables por la edad. Además, se experimentan ciertas limitaciones a nivel administrativo a partir de los déficits de cobertura —31,3% de la PEA Ocupada— y equidad en cuanto al acceso de las prestaciones de salud y pensiones. A ello, se debe agregar el impacto de las crisis económicas y financieras globales —que se suscitan en múltiples contextos, entre ellos las pandemias— puesto que, al ser el Perú un país periférico, depende de alguna manera de las regulaciones de mercados internacionales.

Los altos niveles de pobreza configuran a su vez un foco determinante entre estos escenarios que debe atravesar el sistema de pensiones; conlleva al Estado a insumir en mayor gradación para garantizar la calidad de vida de la población. La informalidad laboral —aproximadamente del 71% de la PEA Ocupada— junto a la falta de cultura de Seguridad Social —en donde ausenta este carácter previsorio respecto al ahorro— representando situaciones de suma relevancia entre estas dificultades a enfrentar.

4.1 Problemas identificados por la CPS (2017) en materia de pensiones

En contexto, al inicio del gobierno de Pedro Pablo Kuczynski, este a efectos de hacer un estudio de las reformas necesarias, constituyó una Comisión de Protección Social (CPS), la cual emitió un informe en el 2017. Entre las conclusiones, destaca que el grado de protección social en pensiones es insuficiente e inequitativo, estas no cumplían con sustituir el ingreso regular del trabajador inactivo por otro que le permitiera tener una vida digna a esta persona y a su unidad familiar. Se apreciaba un desaprovechamiento de economías de escala y el mercado oligopólico en el SPP. Además, se notó que la gestión de portafolios era cortoplacista por parte de las AFP, cuando un sistema se crea con la idea de que se desarrolle a largo plazo.

Asimismo, se visualizan dificultades para acceder a esquemas de simple retiro —jubilación—. Unido a lo anterior, también se encuentra en el informe la descripción de la ausencia de información y asesoría financiera adecuada para el afiliado de las AFP. Se identifica a su vez, un modelo altamente fragmentado, carente de visión integral y un nivel de cobertura bajo y decreciente, precisamente por el tipo de relaciones laborales informales.

5. Necesidad de construir políticas públicas sostenibles respecto al Sistema de pensiones

Ante las problemáticas señaladas, resulta imperativo mejorar los mecanismos de protección social. Y el punto de partida para ello es la búsqueda de

un nuevo modelo; puesto que en este sistema coexisten dos subsistemas contrapuestos, el público y el privado. No solo se diferencian en la forma en que se sostiene el fondo, es decir de forma colectiva e individual respectivamente; sino también en que el éxito de uno coadyuva a fracaso del otro. Esto implica —sobre la base del reconocimiento constitucional de que el Perú se adscribe al modelo de Economía Social del Mercado— que el Estado no puede abstenerse de brindar dicha seguridad social a la ciudadanía.

En ese sentido, las políticas públicas se deben orientar con suma atención a los adultos mayores quienes, en su mayoría, sufren de enfermedades incapacitantes, de tal forma que, como norte, tengan las mismas posibilidades en iguales condiciones a estos mecanismos de protección en cuanto a pensiones. Además, debe ser un monto de dinero compatible con la garantía de una vida digna y la suficiencia económica en estado de necesidad que tenga la persona y su familia.

Por lo tanto, estos parámetros son un tema prioritario para el Perú debido a que desempeñan un rol determinante en la realización del derecho a la seguridad social, tanto en salud como pensiones. Además, impulsan el capital humano y la productividad, favoreciendo la demanda interna y facilitando la transformación estructural de las economías nacionales. También, ayudan a reducir la pobreza y la desigualdad, en pos del crecimiento inclusivo.

6. Retos de las políticas públicas en el marco de la seguridad social del Perú

Bajo el panorama de las deficiencias presentes en el Sistema de pensiones, existen múltiples desafíos que deben solucionar las políticas públicas, entre los principales, resalta la ampliación de la cobertura subjetiva y de los cotizantes, aplicar un nuevo Sistema de Pensiones Multipilar, evitar normar políticamente —y con corte populista— los sistemas de salud y pensiones. Además, se reconoce que se debe promover la regulación de impuestos especiales de corte previsional. Se deben implementar y fortalecer empleos plenos y decentes —políticas sociolaborales—, fomentar una cultura de la Seguridad Social, tipificar sanciones administrativas y penales para cumplir con el pago de las aportaciones, universalizar los derechos y las obligaciones. También, prever fondos de reserva de Seguridad Social para garantizar el pago de los actuales y futuros pensionistas y eliminar la informalidad. Ciertamente, todo lo mencionado debe concretarse a través del diálogo.

Así, los retos deben materializar los Pilares del Estado de Bienestar, en línea con lo expresado por Joaquín Aparicio Tovar, estos son la columna

vertebral del Estado Social y Democrático de Derecho del Perú. Deben plasmarse a través de garantías de condiciones mínimas para el desarrollo de una vida digna y otorgar prestaciones frente a los riesgos sociales o el aseguramiento de la suficiencia económica. Ello conlleva a fortalecer los sistemas no contributivos en pensiones; es necesario implementar el nuevo Sistema Multipilar de Pensiones.

7. Tendencias de una reforma del Sistema de pensiones

Una de ellas, apunta a potenciar la seguridad social pública ante la evidencia de que, en el Perú, el sistema privado se dirige a una deconstrucción. Existe un esfuerzo sostenido a través de distintas disposiciones normativas que llevan a que la persona pueda estar desprotegida alcanzada una edad avanzada porque permite el adelanto de pensión, lo cual debe ser cortado de raíz. Así, mecanismos que permitan que la persona retire sus fondos y se destinen estos para otras situaciones que no corresponden necesariamente a la seguridad social en una etapa de vulnerabilidad cuando se es adulto mayor, deben ser erradicados.

8. Propuestas de reforma

En el marco de la CPS, se busca implementar un nuevo sistema pensional con tres ejes principales. El primero, responde a una pensión básica antipobreza, que enrumbaría al sistema en la dirección aspiracional de una pensión básica universal. El segundo, estaría enfocado en verdaderos fines previsionales, esto es, en la tasa de reemplazo —la renta mensual en la etapa de jubilación como proporción del ingreso en la fase activa—. El tercero, refiere a las rentas vitalicias en la etapa de desacumulación. Este consiste en una versión fortalecida del sistema actual, que facilite la estabilidad de un ingreso decente durante el periodo de jubilación mediante el desarrollo de un mercado de rentas vitalicias simple, eficiente y barato, junto con esquemas idóneos de retiro programado de los ahorros del trabajador. El Estado jugaría un papel rector más activo en este pilar.

Y esto, se expresa en el Nuevo Modelo Multipilar en torno a lo planteado por el Banco Mundial (2001) y la OIT (2005), que busca que todas las personas tengan cobertura en lo que respecta a seguridad social. Entonces, el pilar 0 constituye un régimen solidario obligatorio, no contributivo —como Pensión 65—. El pilar 1 refiere a un aspecto contributivo obligatorio, es decir, al reparto y capitalización colectiva —pensión mínima, única o universal—. El pilar 2, supone una contribución obligatoria con capitalización individual —a modo de complemento—. Por último, el pilar 3 sería voluntario.

Por su parte, en el Congreso de la República se han postulado ciertos mecanismos similares al enunciado; se habla de 3 pilares. El primero refiere a la prevención de la pobreza, el segundo al sentido contributivo obligatorio con componente colectivo e individual, con una garantía de pensión segura y el tercero responde a un ahorro voluntario. Entonces, ello supondría un retorno a la administración estatal en la cual pasarían afiliados menores de 40 años del SNP y SPP con adscripción obligatoria de los trabajadores independientes —menores de 40 y con RUC—.

Por otro lado, a manera de incentivos para los independientes, algunas propuestas son el capital semilla —aporte inicial del Estado—, el co-pago (matching) —aportes del Estado como un reflejo de los del afiliado—, el bono maternidad o reducir requisitos, el pago mediante las tecnologías de la información y comunicación, descuento del IR anual y las prestaciones de salud —capa simple—.

Además, a partir de la Ley N° 31301 se han incluido nuevas prestaciones en el SNP, nuevos beneficios, nuevas reglas para el pago de las pensiones. Así, se han estipulado ciertos requisitos de acuerdo con el rango de años aportados.

9. Reflexiones finales

La seguridad social se encuentra dentro de la economía en su conjunto, su futuro dependerá de las políticas de protección social (en pensiones) que adopten los diferentes países en el devenir de sus economías. Así mismo, cada sociedad debe desarrollar sus reglas de juego en función de la realidad y de su cultura. Se puede extraer lecciones de otras experiencias (por ejemplo, Comisión Bravo y Marcel de Chile). También, se debe evitar normar políticamente —y con corte populista—. Finalmente, toda reforma (estructural o paramétrica) debe tener en consideración la situación demográfica, económica, sociopolítica y jurídica del país; así como los principios, instrumentos y recomendaciones enunciados por la OIT (Normas mínimas de la Seguridad Social, Convenio N° 102).

El teletrabajo en el Perú, retos y desafíos en el contexto de la pandemia COVID 19*

Luis Alberto Serrano Díaz**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

RESUMEN:

El presente artículo aborda el Teletrabajo en el Perú en el contexto de la pandemia COVID 19, sus nuevos retos y desafíos, su problemática con relación al derecho de desconexión digital, a la seguridad y salud en el trabajo y a la inspección del trabajo. Indudablemente es una figura que se ha consolidado y tuvo un crecimiento disruptivo en la pandemia, ocasionó que la realidad superara la escueta normativa existente con relación a este tema y se generen problemas inesperados, afectando el necesario equilibrio entre la vida laboral, familiar y personal, es por ello que se hace necesario una regulación adecuada considerando y comprendiendo la problemática y con una mirada al futuro, aspectos que en las líneas siguientes se abordarán.

PALABRAS CLAVE:

Teletrabajo- Desconexión digital- Seguridad y Salud en el trabajo- Inspección del Trabajo-Expediente digital- COVID 19.

ABSTRACT:

The present article addresses Telecommuting in Peru in the context of the COVID-19 pandemic, its new challenges, its problematic in relation

*Artículo académico para el Curso Especializado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo y Derecho Laboral, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 20 de noviembre del 2021.

**Abogado laboralista, Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos-UNMSM, Posgrado en la Organización Internacional del Trabajo OIT Turín Italia. Curso Internacional de Estudios Avanzados en Derecho Social Universidad de Salamanca España USAL. Integrante del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-ILTRAS; Integrante de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social AIDTSS. Miembro Asociado de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social SPDTSS. Integrante del comité ejecutivo de la red mundial CIELO LABORAL. Docente de Legislación Laboral-UNMSM. Supervisor Inspector del Trabajo- SUNAFIL Perú. Director de SST del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo- MTPE. Autor de diversas publicaciones en materia laboral y de SST.

to people's right to digital disconnection, health and safety at work and work development inspection. Undoubtedly, it's a figure that has consolidated and has grown disruptively during the pandemic: reality exceeded the stark existing regulations in this matter and has generated unexpected problems, affecting the necessary balance between work, family and personal life. Because of this, a more suitable regulation is required, with the understanding of this problematic and looking to the future, aspects which will be developed in the following lines

KEYWORDS:

Telework- Digital disconnection- Occupational health and safety- Labour inspection- Digital File

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Teletrabajo y contexto social / 2.1. Aspectos jurídicos del Teletrabajo en el Perú / 2.2. Algunas características del teletrabajo / 2.3. Algunas recomendaciones que se deben tener en cuenta en el Teletrabajo / 2.4. Los elementos esenciales del Teletrabajo / 2.5. Tipos de Teletrabajo / 2.6. Ventajas del Teletrabajo / 2.7. Desventajas del Teletrabajo / 3. Problemática del teletrabajo / 3.1. En relación con la desconexión del trabajo / 3.2. Problemática del teletrabajo con relación a la seguridad y salud / 4. La inspección laboral y el teletrabajo / 4.1. Uso de la casilla electrónica en la inspección del trabajo / 4.2. Expediente digital o electrónico en la inspección del trabajo / 4.3. Tipificación de infracciones sobre Teletrabajo / 5. Recomendaciones en un nuevo escenario del teletrabajo / 6. Algunos datos sobre el teletrabajo / 7. Conclusiones / 8. Bibliografía.

1. Introducción

El teletrabajo, se constituye en la actualidad en una nueva forma de trabajo donde el uso de la tecnología es de carácter intensivo, es una nueva forma de desarrollar las relaciones laborales y de ejecutar el trabajo; el escenario actual nos ha demostrado que hay una digitalización acelerada y lo que hemos vivido en este par de años: 2020 y 2021, años de pandemia COVID 19, dicho sea de paso, es una notoriedad o intensificación del Teletrabajo, esto porque en el caso del Perú, ya estaba regulado desde el año 2013, en Colombia desde el año 2008¹, es decir en algunos de nuestros países latinoamericanos ya existía teletrabajo y normativa al respecto y en otros la pandemia tuvo un rol impulsador o catalizador, pues se empezó a regular de forma intensa para hacer frente a un hecho fáctico presente y generalizado, el cual encontraba muchos problemas y vacíos. En consecuencia,

¹ El Teletrabajo en Colombia se encuentra regulado por la Ley 1221 del 2008 y el decreto 884 del 2012 que la reglamenta.

podemos señalar que en este tiempo se produjo un incremento significativo de los teletrabajadores en nuestros países, hecho que derivó en una transformación en la forma de interrelación social y de realizar el trabajo, frente a lo cual la capacidad de adaptación y la adecuada utilización de la tecnología será fundamental, para superar los nuevos retos y desafíos que se presenten a raíz de este nuevo fenómeno.

2. Teletrabajo y contexto social

Antes de la pandemia los denominados teletrabajadores eran una cantidad muy reducida, a pesar de los esfuerzos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo-MTPE, que creó una oficina especial de teletrabajo en el Perú, que servía para difundir y capacitar sobre el teletrabajo y era un nexo entre las empresas y los potenciales teletrabajadores. Esta oficina, era visitada por los estudiantes de diferentes universidades y entre ellos de la catedra de Derecho Individual de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por trabajadores y empleadores para informarse, conocer y capacitarse, en relación al Teletrabajo. Era un nexo entre empresas y teletrabajadores. Por otra parte, la pandemia fue un catalizador del Teletrabajo, tal es así que hoy en día, hay una gran cantidad de teletrabajadores y trabajadores remotos, que es otro tipo de trabajo a distancia al cual solo haremos una breve mención², señalando que se creó a raíz de la pandemia y debido a la inmovilización o cuarentena, para así poder continuar las actividades a distancia, se configuró en una nueva forma de trabajo en la cual el uso de la tecnología no es indispensable. Además, es una figura temporal mientras dure la emergencia. Figura que por cierto funcionó muy bien y que probablemente se haga permanente o se incorpore al teletrabajo.

2.1. Aspectos jurídicos del Teletrabajo en el Perú³

El teletrabajo tiene su base legal, en la Ley n° 30036⁴ y su Reglamento D.S. 017-2015-TR, y que conforme a la norma se define así: "El teletrabajo es aquel realizado de manera voluntaria e itinerante y a distancia o fuera del área central o principal de la empresa que implica necesariamente el uso intensivo de las tecnologías de información y cuya organización del desarrollo del trabajo asignado es flexible". Javier Thibault Aranda⁵ indica que el teletrabajo "es una forma de organización y/o ejecución del

² El trabajo remoto fue previsto en el Decreto de Urgencia N° 026-2020, Decreto de Urgencia que establece medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del COVID - 19

³ SERRANO DIAZ, Luis. El teletrabajo retos y desafíos en la relación laboral. Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Taller José Matías Manzanilla Universidad Nacional Mayor de San Marcos-UNMSM. Año I. Lima -Perú. 2014. p. 202.

⁴ Ley que regula el teletrabajo (15 de mayo de 2013).

⁵ THIBAULT ARANDA, Javier. El Teletrabajo análisis jurídico laboral. Consejo Económico y Social-CES Madrid,2000. p. 65.

trabajo realizado en gran parte o principalmente a distancia, y mediante el uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicaciones".

El teletrabajo, se caracteriza por el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado "teletrabajador", en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores.

Recientemente se dieron normas adicionales así tenemos las más importantes:

- D.U. 026-2020 Decreto de urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del CORONAVIRUS (COVID-19) en el territorio nacional.
- R.M. 072-2020-TR Aprueban documento denominado Guía para la aplicación del trabajo remoto
- R.M. 055-2020-TR Guía para la prevención del Coronavirus en el ámbito laboral
- Proyecto de Ley 5408-2020/CR Texto sustitutorio, que busca regular de forma más integra el teletrabajo.

El marco normativo define también al teletrabajo como una modalidad especial de prestación de servicios⁶, modalidad distinta, pero con los mismos o similares beneficios⁷ tanto individuales como colectivos a los trabajadores presenciales. La posibilidad de crear sindicatos se mantiene, al igual

6 D.S. 017-2015-TR. Artículo II. h) Teletrabajo: consiste en la prestación de servicios subordinada, sin presencia física en el centro de trabajo o entidad pública, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales, a su vez, se ejerce el control y la supervisión de las labores

7 D.S. 017-2015-TR. CAPÍTULO II: DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL TELETRABAJADOR
Artículo 6.- Derechos y beneficios del teletrabajador El teletrabajador tiene los mismos derechos y beneficios que los trabajadores que prestan servicios bajo la modalidad convencional, de acuerdo al régimen al que pertenezca cada teletrabajador, salvo aquellos vinculados a la asistencia al centro de trabajo. Entre los derechos que serán garantizados se encuentran: a) Capacitación sobre los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos que emplearán para el desempeño de la ocupación específica, así como sobre las restricciones en el empleo de tales medios, la legislación vigente en materia de protección de datos personales, propiedad intelectual y seguridad de la información. La capacitación se realiza antes 1 iniciarse la prestación de servicios bajo la modalidad de teletrabajo y cuando el empleador introduzca modificaciones sustanciales a los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos con los que el teletrabajador presta sus servicios. b) Intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del teletrabajador, considerando la naturaleza del teletrabajo. c) Protección de la maternidad y el periodo de lactancia de la teletrabajadora. d) Seguridad y salud en el trabajo, en lo que fuera pertinente y considerando las características especiales del teletrabajo. e) Libertad sindical, de acuerdo al régimen que resulte aplicable. En ningún caso, la aplicación o el cambio de modalidad de prestación de servicios de un trabajador o servidor civil a la modalidad de teletrabajo podrá afectar el ejercicio de sus derechos colectivos

que su funcionamiento, la negociación colectiva se produce en un nuevo escenario⁸ de teletrabajo, mediante la telenegociación y telereuniones. El teleempleador debe conceder ciertas facilidades a sus teletrabajadores para que puedan ejercer sus derechos colectivos⁹.

El crecimiento disruptivo del teletrabajo encontró una serie de vacíos y generó problemas y desventajas, problemas de seguridad y salud, que la original Ley y el reglamento del Teletrabajo, no lo habían contemplado. Ante esto se ha presentado un proyecto de Ley para superar esta dificultad, con el objeto de regular adecuadamente comprendiendo el derecho de desconexión digital, así como el tema de los costos derivados del uso de equipos proporcionados por los trabajadores, etc.

2.2. Algunas características del teletrabajo son:

- Es por acuerdo de partes, es decir es voluntario.
- Es un *home office*.
- El equipo tecnológico es dotado por la empresa
- El teletrabajo es un acuerdo de partes, no es impuesto debe haber siempre acuerdo
- El trabajo es por resultados
- Los costos del internet y electricidad son asumidos por el empleador.
- Los accidentes en casa por riesgos en el domicilio o centro de aislamiento pueden ser asumidos por el empleador, ante lo cual es recomendable hacer un IPER (Identificación de peligros y evaluación de riesgos) del domicilio.
- Etc.

⁸ SERRANO DIAZ, Luis. (2016). La Negociación Colectiva en el Nuevo Escenario del Teletrabajo. Publicado en el libro de ponencias del VII Congreso Nacional del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -SPDTSS. Lima-Perú. 2016. p. 369.

⁹ PUNTRIANO ROSAS, Cesar. La "telenegociación colectiva" como derecho fundamental de los trabajadores. Publicado en el libro de ponencias del VII Congreso Nacional del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -SP-DTSS. Lima-Perú. 2016. p. 343.

2.3. Algunas recomendaciones que se deben tener en cuenta en el Teletrabajo

- Tener un ambiente adecuado
- Iluminación adecuada
- Ventilación adecuada
- Ergonomía
- Posturas adecuadas
- Evitar bebidas cerca de los equipos electrónicos
- Eliminar los obstáculos en el área de trabajo
- Buena conexión de internet
- Desarrollar las pausas activas

Si bien es cierto que en la realidad es difícil tener estas condiciones, tal como se ha corroborado mediante la inspección del trabajo, una ausencia de varias de las condiciones indicadas, no obstante, debemos tratar de hacerlo para evitar exponernos y/o exponer al teletrabajador a accidentes y enfermedades ocupacionales.

2.4. Los elementos esenciales del Teletrabajo

La Localización

El teletrabajo se realiza a distancia: en casa o domicilio¹⁰, en un telecentro, o en lugares distintos como el caso del teletrabajo itinerante.

Empleo de Nuevas Tecnologías

El uso de la tecnología y la informática debe ser intensivo, pues implica el envío de información inmaterial, a diferencia de lo tradicional que es el intercambio de un bien material. No obstante, el producto de las herramientas informáticas puede ser remitido en soportes magnéticos. Es el elemento determinante y característico de esta modalidad de trabajo¹¹.

¹⁰ El teletrabajo se ejecuta desde otro lugar distinto del habitual u ordinario, sirviéndose de medios o equipos informáticos y de telecomunicaciones para su ejecución y eventualmente para entrar en conexión con el destinatario de su actividad. SANGUINETTI RAYMON, Wilfredo. Teletrabajo y Globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo. Informe realizado para el proyecto europeo sobre teletrabajo, desarrollado por la inspección de trabajo y seguridad social de España bajo la dirección de D. Ángel Luis Sánchez Iglesias. Salamanca, junio de 2002.

¹¹ CULQUI FERNANDEZ, A. y GONZALES TORRES, A. El Teletrabajo: Una innovadora forma

Cambio en la organización y realización del trabajo

Implica un modo o forma nueva de organización y de ejecución de la actividad laboral, para lo cual se debe capacitar al personal en manejo de las herramientas tecnológicas y aplicativos, así como en la forma de trabajo a distancia.

2.5. Tipos de Teletrabajo

Por el Lugar tenemos:

1. Teletrabajo a domicilio
2. Teletrabajo en centros de teletrabajo o telecentros
3. Teletrabajo móvil o Itinerante/ nómada digital¹².

Por el Criterio Comunicativo:

1. Teletrabajo *on line*, en línea o siempre conectado
2. Teletrabajo *off line*, o desconectado

2.6. Ventajas del Teletrabajo

- Podemos mencionar a las siguientes:
- Posibilidad de integrarse mejor con el núcleo familiar¹³.
- Cuidado del medio ambiente
- Disminución del tráfico vehicular
- Flexibilidad en los horarios de trabajo y lugar de trabajo
- Ahorro de tiempos de traslado
- Beneficia a los trabajadores con capacidades diferenciadas¹⁴

de organización del Trabajo, una herramienta de inclusión laboral y su regulación jurídica en el Perú. En revista Derecho y Sociedad N° 46 Año XXXVII-2016. PUCP. p.97

¹² DIAZ, Viviana Laura. Teletrabajo y neurotecnología, una guía imprescindible para gestionar el trabajo 4.0. Granica Argentina.2018. p. 238.

¹³ La problemática más difundida que intenta solucionar el Teletrabajo es que mediante esta modalidad laboral las personas podrían armonizar la vida personal y/o familiar con la vida laboral. RAMIREZ PUNCHIN, Eddy H. y CHUQUILLANQUI ARAGON, Oscar R. En revista Derecho y Sociedad N° 46 Año XXXVII-2016. PUCP. p. 114.

¹⁴ VIORRETA, Carmen, et.al., Guía de buenas prácticas. Formación de teletrabajadores y servicios de apoyo del Telecentro Cepadite. Madrid 2000.

- Disminución de riesgos laborales
- Reducción de gastos y ahorro de dinero
- Etc.

2.7. Desventajas del Teletrabajo

El teletrabajo, así como tiene varias virtudes, también presenta algunas desventajas, veamos:

- Posibilidad de invasión del ámbito privado del trabajador y de las telecomunicaciones
- Posibilidad de afectación de Derechos colectivos
- Posible extensión de la jornada laboral, trabajar en horarios ilimitados¹⁵
- Estrés laboral
- Inadecuada tecnología, Incompatibilidad, caídas del sistema
- Distracciones propias de la vida familiar
- Riesgos de Seguridad por: Virus, Aplicaciones no seguras, Web, USB infectados, etc.
- Sensación de aislamiento del trabajador
- Sensación de favoritismo, debido a que algunos trabajadores tienen mayor dominio de la tecnología.
- Dificultad de supervisión y fiscalización.
- Hiperconectividad.
- Etc.

3. Problemática del Teletrabajo

3.1. En relación con la desconexión del trabajo

Uno de los aspectos derivados del teletrabajo en nuestro país, en estos dos años es la extensión de las jornadas de trabajo, el agotamiento de los trabajadores, debido a que se prolongaron las jornadas, al inicio de la pande-

¹⁵ García Flores, Jacinto. El teletrabajo en México. Editorial ISEF Empresa Lider. México 2015. p. 113.

mía incluso en muchas empresas se laborada hasta altas horas de la noche y la madrugada, debido al proceso de adaptación, se estaba aprendiendo el manejo de las diferentes plataformas, aplicativos, bases de datos, sistemas, digitalización de documentos, uso de nuevas plataformas de comunicación como el Zoom, Google meet, Facebook live, etc. y también para no afectar el funcionamiento y el cumplimiento de metas de las empresas. Tal era esta problemática real que dio lugar a que las normas de desconexión digital¹⁶ se desarrollaran en el país, para limitar estos excesos.

Se incorporó en el reglamento de inspección laboral, como una infracción grave, el no cumplir con el derecho a la desconexión digital.

El derecho a la desconexión digital implica que el trabajador este libre después de su jornada, de proporcionar información o recibir requerimientos.

Entonces se reguló con el Decreto de Urgencia 127-2020, y tuvo algunas modificaciones en el D.S. 004-2021-TR, intensificándose cada vez más el derecho a la desconexión digital

El D.U. 127-2020¹⁷, publicado el 1ro de noviembre de 2020, señala:

Artículo 18.- Obligaciones del empleador y trabajador

18.1. Son obligaciones del empleador:

(...)

18.1.4. respetar el derecho a la desconexión digital del trabajador por el cual este último tiene el derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos utilizados para la prestación de servicios Durante los días de descanso, licencias y períodos de suspensión de la relación laboral.

El D.S. 004-2021-TR¹⁸ señala:

Artículo 9-A. Derecho a la desconexión digital

9-A.1. El derecho a la desconexión digital a que se refiere el párrafo 18.1.4 del artículo 18 del Decreto de Urgencia N° 026-2020, Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para

¹⁶ El Poder Ejecutivo mediante Decreto de Urgencia N° 127-2020 estableció el derecho de los trabajadores a la desconexión digital.

¹⁷ Decreto de urgencia que establece el otorgamiento de subsidios para la recuperación del empleo formal en el sector privado y establece otras disposiciones.

¹⁸ Decreto Supremo que dicta disposiciones reglamentarias para la aplicación del Decreto de Urgencia N° 127-2020, Decreto de Urgencia que establece el otorgamiento de subsidios para la recuperación del empleo formal en el sector privado y establece otras disposiciones

prevenir la propagación del Coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional, implica que el trabajador tiene derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos (internet, telefonía, entre otros) utilizados para la prestación de servicios. En consecuencia, el empleador no puede exigir al trabajador realizar tareas, responder comunicaciones o establecer coordinaciones de carácter laboral, a través dichos medios, durante el tiempo de desconexión digital, salvo que acuerde con el trabajador la realización de trabajo en sobretiempo o concurren las circunstancias señaladas en el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR.

9-A.2. El derecho a la desconexión digital no excluye el uso de los medios informáticos, de telecomunicaciones o análogos por parte del empleador, para asignar tareas o remitir comunicaciones al trabajador, siempre que este no esté obligado a conectarse a dichos medios o a atender las tareas o comunicaciones fuera de su jornada laboral. En ese sentido, el empleador debe establecer las medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión digital.

9-A.3. El tiempo de desconexión digital se extiende entre el término de una jornada diaria de trabajo y el inicio de la siguiente. Si durante ese tiempo, el empleador y el trabajador acuerdan que este último realice alguna tarea o coordinación de carácter laboral, o concurren las circunstancias señaladas en el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, según Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR, dicha labor se considera como trabajo en sobretiempo y se paga o compensa con descanso sustitutorio, según lo dispuesto en el referido Decreto Legislativo N° 854.

9-A.4. También se considera tiempo de desconexión digital los días de descanso semanal, días feriado, días de descanso vacacional, días de licencia y demás períodos de suspensión de la relación laboral. La realización de tareas o coordinaciones de carácter laboral en los días de descanso semanal o días feriados se considera trabajo efectivo y se paga o compensa conforme al Decreto Legislativo N° 713, Consolidan la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

9-A.5. El tiempo de desconexión digital para los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata de la jornada y

los que prestan servicios intermitentes debe ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas, además de los días de descanso semanal, días feriados, días de descanso vacacional, días de licencia y demás periodos de suspensión de la relación laboral.

9.A-6. Para efectos de lo señalado en el numeral anterior, se consideran trabajadores de dirección y trabajadores que prestan servicios intermitentes a los señalados en los literales a) y b), respectivamente, del artículo 10 del Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR; y se consideran trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata de la jornada aquellos que realizan sus labores o parte de ellas sin control del tiempo de trabajo o que distribuyen libremente su jornada de trabajo sin estar sujetos a un horario determinado."

Frente a este nuevo derecho, regulado de forma específica, el reglamento de la ley de inspección del trabajo también fue actualizado e incorporó la tipificación de una nueva infracción laboral grave relacionada con la desconexión digital¹⁹.

Con lo referido líneas antes podemos señalar que el teletrabajo debe respetar el derecho a la desconexión digital. A fin de ahondar en este tema a continuación, nos hacemos algunas preguntas y afirmaciones relacionadas al tema:

a) ¿La delegación de funciones y tareas fuera de la jornada afecta el derecho a la desconexión digital del trabajador?

En efecto, si las funciones se siguen otorgando sea por correo, por WhatsApp, u otros medios, evidentemente está colisionando con el derecho a la desconexión digital del trabajador.

b) ¿La modalidad del teletrabajo y trabajo remoto aumentó la carga laboral del trabajador, lo cual hace que labore más de su jornada labo-

19 Decreto Supremo 019-2006-TR Disposición final y transitoria Décima. Infracción grave en el marco de la vigencia de las disposiciones laborales excepcionales y temporales para prevenir la propagación de la COVID-19 Constituye infracción administrativa grave que afecta el cumplimiento de las disposiciones laborales excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional, ejercer coerción sobre el/la trabajador/a o ocurrir en actos dirigidos a intimidar al trabajador/ra para realizar tareas, responder comunicaciones o establecer coordinaciones de carácter laboral, a través de cualquier equipo o medio informático, de telecomunicaciones o análogos, o a mantener activos dichos medios durante el tiempo de desconexión digital, de conformidad con lo previsto en el Decreto de Urgencia N° 026-2020, Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional."(*) Disposición incorporada por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 004-2021-TR, publicado el 11 marzo 2021.

ral sin recibir compensación económica extra?

Este es otro punto clave que nos lleva a la siguiente pregunta: ¿Tienen derecho los teletrabajadores a las horas extras? A respecto se debe tener en cuenta que el teletrabajo también tiene variaciones. Tipos de teletrabajo: teletrabajo *on-line* y teletrabajo *off-line*.

El teletrabajo online es aquel el que el trabajador está obligado a estar conectado a una computadora, mediante el *logeo* (ingreso o inicio en el sistema), desde su hora de ingreso hasta la hora de la salida, si continúa en línea después de su jornada de trabajo, es posible verificar cuántas horas adicionales trabaja al día, configurándose las horas extras o el trabajo en sobretiempo y en consecuencia, corresponde requerir el pago de las horas extras.

En el Perú hace unos años atrás se dio justamente este tipo de teletrabajo, la empresa tenía muy bien estructurado el sistema de control de la jornada, verificándose que en el teletrabajo evidentemente el empleador seguía utilizando sus facultades (la facultad directriz, su facultad de control, de sanción) solamente que lo hacía a través de nuevas formas tecnológicas, usando la tecnología de información y comunicación.

Entonces si establezco por ejemplo un *drive* o *software*, donde el trabajador va a marcar su hora de ingreso y su hora de salida y luego sigue trabajando más allá de las ocho horas diarias evidentemente hay horas extras, por tanto, se deben compensar o se deben pagar con las sobretasas que corresponden²⁰, en conclusión, diríamos, hay horas extras, siempre que exista ese mecanismo de control por el cual podemos evidenciar qué el trabajador está elaborando más allá de la jornada establecida.

En aquellos casos en los que la empresa no establece un control (*off-line*), su jornada es flexible, que es una característica también del teletrabajo, en esos casos, va a ser complicado verificar las horas extras por que el trabajador labora en los momentos que tiene tiempo, y puede compartir su vida laboral con la familiar, quizás en la mañana está más en familia o con los hijos apoyando en las clases virtuales, dado que la educación actualmente también es virtual, y por la tarde empieza a trabajar hasta por la noche, en ese caso evidentemente al ser flexible no se podría exigir el pago las horas extras.

20 Decreto Supremo N° 007-2002-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en sobretiempo. Artículo 10.- El tiempo trabajado que excede a la jornada diaria o semanal se considera sobretiempo y se abona con un recargo a convenir, que para las dos primeras horas no podrá ser 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 consecuencia, el pago de horas extras en el teletrabajo, va depender de la modalidad del teletrabajo y que se pueda evidenciar el trabajo en sobretiempo.

3.2. Problemática del teletrabajo con relación a la seguridad y salud

Con relación a la seguridad y salud en el trabajo hay muchos temas interesantes, no obstante, nos centraremos en alguno de ellos:

¿La hiperconectividad afecta la salud laboral de los trabajadores?

Al respecto diremos, que en efecto es así, el estar conectados permanentemente va generar un impacto en la salud de los trabajadores, tema qué vamos a revisar y que está relacionado con el bienestar del trabajador, se ha producido una serie de enfermedades ocupacionales, entre ellos: el síndrome del túnel carpiano, problemas ergonómicos, los cuales cada vez son más recurrentes, distintos dolores musculoesqueléticos, etc.

El teletrabajo en el contexto actual se intensificó, de forma drástica, fue algo disruptivo. Las personas al inicio de la pandemia generada por el Covid 19, tuvieron que estar en su domicilio, se declaró la emergencia la cuarentena y no había la posibilidad de que la empresa fuera a ver el lugar para ver si los trabajadores tenían las condiciones ergonómicas, si tenían una silla adecuada, cada trabajador tuvo que adaptarse a las condiciones que tenía en sus domicilios, adaptarse a la silla que tenían, al ambiente que tenían, es decir a las condiciones que en ese momento tenían. Evidentemente eso trajo muchos problemas ergonómicos, trastornos músculos esqueléticos, también por supuesto problemas de vista, fatiga, la gran mayoría empezó a padecer problemas de visión, burnout o estrés laboral crónico, asimismo también, empezó la ansiedad lo que podría llevar a la depresión, también enfermedades cardiovasculares, etc., son algunos otros aspectos que están siendo producto del teletrabajo. Evidentemente, no decimos que el teletrabajo es negativo, pero si se excede los límites de la jornada laboral y cuando no hay condiciones adecuadas, ni organización, y hay una hiperconectividad, podría generar consecuencias negativas.

Hay que recordar que de conformidad a la Ley de seguridad y salud en el trabajo Ley 29783 y su reglamento el D.S. 005-2012-TR, el empleador es el obligado de garantizar las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores, de manera que esto es aplicable también al caso de los teletrabajadores. En tal sentido el empleador debe verificar las condiciones del sitio de trabajo, implementar las medidas preventivas, entregar al teletrabajador los documentos relativos a la seguridad y salud en el trabajo,

política, reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo, realizar supervisiones periódicas mediante video llamadas para constatar solo el lugar de trabajo y para no colisionar con otros derechos fundamentales que toda persona tiene, etc.

4. La inspección laboral y el teletrabajo

La inspección del trabajo en el Perú está a cargo de la SUNAFIL²¹ y tiene un procedimiento con etapas de investigación, que realiza el inspector según la ley de inspección Ley 28806 y su reglamento D.S. 019-2006-TR y modificatorias; producto de esas investigaciones que hacen los inspectores, podrán detectar si existe infracción laboral y requerirán que se corrija o que se rectifique para subsanar alguna omisión qué existió y si el empleador no se hace esto, la ley faculta al inspector a proponer una sanción a imponer una multa.

Este procedimiento inspectivo, también por supuesto, ha tenido un cambio utilizando hoy en día la tecnología, instrumentos digitales que lo hacen ser parte del teletrabajo, tanto en su misma función operativa y también en su función de control y vigilancia de las normas sociolaborales y del teletrabajo.

Primero veamos cómo impactado el teletrabajo en la parte operativa, hoy en día la inspección laboral se da usando los protocolos que han permitido la utilización de las tecnologías de información. Entonces qué es lo primero que se hizo, es dar la base legal correspondiente para utilizar la tecnología de la información, en función a esta base legal, a estas directivas²² que se han dado se puede realizar las inspecciones utilizando estos medios tecnológicos, por ejemplo: la casilla electrónica, todos los empleadores ahora tienen una casilla electrónica dónde se les notifica las inspecciones los requerimientos de información. También se utilizan los correos electrónicos, WhatsApp, Google meet, comparecencias y visitas virtuales, etc.

En este contexto se han desarrollado inspecciones completas utilizando solo el WhatsApp, entonces es un cambio significativo para la inspección del trabajo.

4.1. Uso de la casilla electrónica en la inspección del trabajo

En el marco del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el Decreto Legislativo 1412 (13 de

²¹ Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, creada por Ley 29981 (15.01.2013).

²² Directiva 001-2020-SUNAFIL/INII sobre el ejercicio de la función inspectiva / Directiva 003-2020-SUNAFIL/INII DIRECTIVA sobre verificación de despidos arbitrarios

setiembre de 2018), Ley que aprueba el gobierno digital²³, y su reglamento aprobado por el D.S. 029-2021-PCM²⁴, se entiende que la casilla electrónica es un canal digital.

Canal Digital.- Es el medio de contacto digital que disponen las entidades de la Administración Pública a los ciudadanos y personas en general para facilitar el acceso a toda la información institucional y de trámites, realizar y hacer seguimiento a servicios digitales, entre otros. Este canal puede comprender páginas y sitios web, redes sociales, mensajería electrónica, aplicaciones móviles u otros.

El D.S. 029-2021-PCM, establece algunos aspectos sobre la casilla electrónica:

Artículo 53. Casilla única electrónica

53.1 La casilla única electrónica es el domicilio digital que sirve para recibir comunicaciones y/o notificaciones remitidas por las entidades de la Administración pública a los ciudadanos y personas en general, conforme se establece en el numeral 20.4 del artículo 20 del TUO de la Ley N° 27444, y al que se refiere el artículo 22 de la Ley.

53.2 La casilla única electrónica acredita la certeza, integridad y fecha y hora cierta de una comunicación y/o notificación realizada por una entidad pública a un ciudadano o persona en general. De darse una controversia referida a la emisión o recepción de una notificación, corresponderá a la entidad responsable de la gestión de la casilla única electrónica acreditar que se produjo dicha emisión o recepción; en cualquier otro caso dicha acreditación recaerá en el emisor.

53.3 La casilla única electrónica está conformada por lo siguiente: (1) dirección electrónica, (2) buzón de notificaciones, y (3) buzón de comunicaciones.

En ese sentido la SUNAFIL ha implementado la casilla electrónica, configurándose en un espacio que tiene cada empleador dónde se le notifica el procedimiento inspectivo. Mediante ella se puede desarrollar las actuaciones inspectivas, es decir se notifica los requerimientos de información necesarios para la verificación del cumplimiento de las normas sociolabó-

²³ Artículo 1.- Objeto La presente Ley tiene por objeto establecer el marco de gobernanza del gobierno digital para la adecuada gestión de la identidad digital, servicios digitales, arquitectura digital, interoperabilidad, seguridad digital y datos, así como el régimen jurídico aplicable al uso transversal de tecnologías digitales en la digitalización de procesos y prestación de servicios digitales por parte de las entidades de la Administración Pública en los tres niveles de gobierno.

²⁴ D.S. 029-2021-PCM Reglamento de la Ley que aprueba el gobierno digital

rales, se notifica ampliaciones de plazo, medidas de requerimiento, hechos insubsanables, etc. asimismo es el medio que usa el empleador y trabajador para aportar información relativa al caso, con lo cual se va revisando de forma digital las materias objeto de la inspección.

4.2. Expediente digital o electrónico en la inspección del trabajo

Al respecto debemos señalar que también está en el marco de las normas relativas al gobierno digital señaladas en el ítem anterior. En ese sentido el D.S. 029-2021-PCM, señala lo siguiente:

Artículo 39. Expediente electrónico

39.1 El expediente electrónico es el conjunto organizado de documentos electrónicos que respetando su integridad documental están vinculados lógicamente y forman parte de un procedimiento administrativo o servicio prestado en exclusividad en una determinada entidad de la Administración Pública, conforme a lo establecido en el artículo 31 del TUO de la Ley N° 27444. Asimismo, todas las actuaciones del procedimiento se registran y conservan íntegramente y en orden sucesivo en el expediente electrónico.

39.2 El expediente electrónico se gestiona como un documento archivístico digital, cumpliendo las disposiciones técnico normativas emitidas por la Presidencia del Consejo de ministros, a través de la Secretaría de Gobierno Digital, y las normas del Sistema Nacional de Archivos emitidas por el Archivo General de la Nación.

39.3 En caso existan documentos en soporte papel que requieran ser incorporados en el expediente electrónico, las entidades pueden aplicar lo establecido en el artículo 48 del presente Reglamento. La Secretaría de Gobierno Digital en coordinación con el Archivo General de la Nación emite las normas sobre la gestión de expedientes conformados por documentos en soporte papel y documentos electrónicos.

Artículo 40. Estructura del expediente electrónico

40.1 El expediente electrónico tiene como mínimo los siguientes componentes:

- a) Número o código único de identificación.
- b) Índice digital.
- c) Documentos electrónicos.

- d) Firma del índice digital.
- e) Metadatos del expediente electrónico.
- f) Categorización

SUNAFIL, tiene implementado en la inspección del trabajo el expediente electrónico o digital, el cual permite consolidar toda la información de un procedimiento de inspección laboral de forma totalmente digital. Con lo cual SUNAFIL ya está consolidándose en el marco de la gestión del gobierno digital.

4.3. Tipificación de infracciones sobre Teletrabajo

Se han tipificado en el reglamento de la Ley de inspección del trabajo aprobado D.S. 019-2006-TR, las infracciones del teletrabajo siguientes:

24.16. Aplicar el cambio de modalidad de un trabajador convencional a la modalidad de teletrabajo o viceversa sin su consentimiento²⁵.

24.17 Aplicar la reversión sin cumplir con los requisitos establecidos por ley²⁶.

24.18. No cumplir con las obligaciones referidas a la capacitación del/la trabajador/a o teletrabajador/a previstas en las normas de la materia²⁷.

24.19 No cumplir con el pago de la compensación por las condiciones de trabajo asumidas por el teletrabajador

En relación a estas infracciones podemos señalar: que no es posible disponer unilateralmente que el trabajador, de la noche a la mañana, se convierta en teletrabajador, tiene que haber un acuerdo, hacerlo sin ese acuerdo es una infracción grave.

Otro aspecto, es aplicar la reversión sin justificación, es decir que el empleador ordene al teletrabajador que regrese a ser un trabajador convencional sin justificación, también es una infracción grave

En relación a la capacitación, la ley del teletrabajo dice qué antes de aplicar el teletrabajo se debe capacitar a los trabajadores, entonces hacer lo inverso constituiría en una infracción grave.

²⁵ Numeral incorporado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 017-2015-TR, publicado el 03 noviembre 2015.

²⁶ Numeral incorporado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 017-2015-TR, publicado el 03 noviembre 2015

²⁷ Numeral modificado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 009-2021-TR, publicado el 17 abril 2021.

No cumplir con la compensación por los equipos proporcionados por el teletrabajador, si el teletrabajador usa sus propias herramientas de trabajo (Equipo electrónico, laptop, celular, etc.), utiliza su conexión a internet la empresa debe compensar llegando a un acuerdo con ese trabajador, si no los reconoce constituiría una infracción grave.

Estando tipificadas las infracciones sobre el teletrabajo, hoy en día hay que tener consideración todos estos cambios a efectos de evitar contingencias que deriven en sanciones.

Finalmente, para concluir esta parte, hay que resaltar que en relación a los beneficios sociales de los teletrabajadores al igual que los otros trabajadores gozan de todos los beneficios sociales individuales y colectivos²⁸.

5. Recomendaciones en el nuevo escenario de teletrabajo

En un escenario de cambios tecnológicos y de intensificación del Teletrabajo se debe tener en consideración lo siguiente:

- Gestionar el conocimiento
- Adaptarse a las tecnologías de la información y comunicación (TIC)
- Capacitación constante del personal
- Uso de la plataforma, bases de datos, etc.
- Digitalizar la documentación laboral
- Apoyo de la alta dirección
- Etc.

28 D.S. 017-2015-TR. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30036, Ley que regula el teletrabajo. Artículo 6.- Derechos y beneficios del teletrabajador El teletrabajador tiene los mismos derechos y beneficios que los trabajadores que prestan servicios bajo la modalidad convencional, de acuerdo al régimen al que pertenezca cada teletrabajador, salvo aquellos vinculados a la asistencia al centro de trabajo. Entre los derechos que serán garantizados se encuentran: a) Capacitación sobre los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos que emplearán para el desempeño de la ocupación específica, así como sobre las restricciones en el empleo de tales medios, la legislación vigente en materia de protección de datos personales, propiedad intelectual y seguridad de la información. La capacitación se realiza antes de iniciarse la prestación de servicios bajo la modalidad de teletrabajo y cuando el empleador introduzca modificaciones sustanciales a los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos con los que el teletrabajador presta sus servicios. b) Intimidad, privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del teletrabajador, considerando la naturaleza del teletrabajo. c) Protección de la maternidad y el periodo de lactancia de la teletrabajadora. d) Seguridad y salud en el trabajo, en lo que fuera pertinente y considerando las características especiales del teletrabajo. e) Libertad sindical, de acuerdo al régimen que resulte aplicable. En ningún caso, la aplicación o el cambio de modalidad de prestación de servicios de un trabajador o servidor civil a la modalidad de teletrabajo podrá afectar el ejercicio de sus derechos colectivos.

6. Algunos datos sobre el teletrabajo

Un aspecto que mayoritariamente es aceptado, esta en relación a que el teletrabajo tiene muchas ventajas tales como: conciliación del ámbito familiar con el ámbito laboral, disminución de tiempos en traslados, ahorro de dinero del trabajador, contribución al medio ambiente.

89% cree que el teletrabajo facilita la incorporación de las mujeres y las personas con discapacidad al trabajo y 79% prefiere el teletrabajo sin control horario. (Fuente Cadem, Publicado en el Diario El Mercurio).

72% de empresas indican que su productividad se ha mantenido o mejorado con el teletrabajo. Las Plataformas de uso preferidas son: WhatsApp, Zoom, Sky, Hangout meet, Workplace, Stack. Según un estudio de ISIL sobre el trabajo remoto en Perú.

7. Conclusiones

Existen muchos retos y desafíos del teletrabajo, en el escenario del COVID 19 y frente a la intensificación del teletrabajo. La capacidad de adaptarse a los cambios producidos sea como personas o como organizaciones, es uno de los más importantes.

La inspección del trabajo es un caso de teletrabajo, se adaptó al nuevo escenario y continuó con su función de vigilancia o control de las normas sociolaborales, utilizando nuevas herramientas como el teletrabajo y el trabajo remoto.

Muchas empresas del ámbito privado, también se adaptaron a estos cambios en la forma de trabajo y en medio de la pandemia, modificando sus estructuras organizacionales, implementando e invirtiendo en tecnología, capacitando a su personal, lo cual permitió que sigan operando y que sus trabajadores sigan laborando. De igual forma los trabajadores que se adaptaron al uso de la tecnología, aprendiendo el uso de distintos aplicativos, bases de datos y sistemas, etc., pudieron continuar laborando.

Hay una necesidad de regular de forma adecuada el teletrabajo, actualizando la normativa vigente, que se ha quedado corta en varios aspectos, esa nueva regulación del teletrabajo debe hacerse con mirada al futuro que comprenda y tome en consideración la problemática que se ha producido en este tiempo.

Finalmente, otro aspecto de suma importancia, es lograr que el teletrabajo, pueda darse de forma equilibrada, con respeto a derechos laborales, garantizando la seguridad y salud de los trabajadores y de tal manera que

permite efectivamente la conciliación de la vida laboral con la vida familiar y personal, respetando plenamente el goce del derecho de desconexión digital.

8. Bibliografía consultada

CULQUI FERNANDEZ, A. y GONZALES TORRES. A. El Teletrabajo: Una innovadora forma de organización del Trabajo, una herramienta de inclusión laboral y su regulación jurídica en el Perú. En revista Derecho y Sociedad N° 46 Año XXXVII-2016. PUCP

DIAZ, Viviana Laura. Teletrabajo y neurotecnología, una guía imprescindible para gestionar el trabajo 4.0. Granica Argentina.2018.

GARCÍA FLORES, Jacinto. El teletrabajo en México. Editorial ISEF Empresa Lider. México 2015.

PUNTRIANO ROSAS, Cesar. La "telenegociación colectiva" como derecho fundamental de los trabajadores. Publicado en el libro de ponencias del VII Congreso Nacional del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -SPDTSS. Lima-Perú. 2016

RAMIREZ PUNCHIN, Eddy H. y CHUQUILLANQUI ARAGON, Oscar R. En revista Derecho y Sociedad N° 46 Año XXXVII-2016. PUCP.

SANGUINETTI RAYMON, Wilfredo. Teletrabajo y Globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo. Informe realizado para el Proyecto Europeo sobre teletrabajo, desarrollado por la inspección de trabajo y seguridad social de España bajo la dirección de D. Ángel Luis Sánchez Iglesias. Salamanca, junio de 2002.

SERRANO DIAZ, Luis. (2016). La Negociación Colectiva en el Nuevo Escenario del Teletrabajo. Publicado en el libro de ponencias del VII Congreso Nacional del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social -SPDTSS. Lima-Perú. 2016.

THIBAULT ARANDA, Javier. El Teletrabajo análisis jurídico laboral. Consejo Económico y Social-CES Madrid,2000.

VIORRETA, Carmen. et.al., Guía de buenas prácticas. Formación de teletrabajadores y servicios de apoyo del Telecentro Cepadite. Madrid 2000

El trabajo remoto y la equidad de género para las madres trabajadoras en el Perú*

Andrea Hermoza Peralta**
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Definiciones necesarias para el entendimiento del trabajo remoto en el Perú / 2.1 El teletrabajo en el Perú / 2.2 El trabajo remoto, una medida de emergencia aplicada en el Perú / 2.3 La equidad de género en el Perú / 3. El derecho al trabajo y la igualdad de género en el Perú / 3.1 El derecho a la desconexión laboral / 3.2 La vulneración de los derechos laborales de las mujeres en la nueva modalidad de trabajo / 4. Conclusiones / 5. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

Una de las preguntas más frecuentes que se realizan las y los especialistas en derecho laboral hoy en día es la manera en la que la Covid-19 ha afectado los derechos laborales de las madres trabajadoras. Acaso, ¿existirán diferencias de género entre los trabajadores para la búsqueda de equidad laboral? Evidentemente, son cuestiones que vienen acentuando las inequidades de género entre hombres y mujeres en el mundo; pero, también, especialmente en nuestro país. Estas preguntas son fundamentales porque la realidad y mercado laboral han adquirido nuevos patrones institucionales en las costumbres de los seres humanos.

Ahora bien, a medida que se han institucionalizado las nuevas costumbres, el impacto económico y comercial ha forzado a las empresas a adoptar nuevas modalidades y estrategias para marcar su competitividad. Es evidente que la recesión económica, la cuarentena y las nuevas necesidades de la sociedad han marcado diferencias entre los horarios de trabajo, el ocio y la distribución del tiempo en los trabajadores.

* Artículo académico para el Curso Especializado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo y Derecho Laboral, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 20 de noviembre del 2021.

**Abogada especialista en Legislación y Regulación Laboral por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Máster en Giustizia Costituzionale e Diritti Umani por la Università di Bologna de Italia, candidata al grado de doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesora de Derecho Laboral de la Universidad Privada del Norte.

El gobierno peruano, como política gubernamental, optó por establecer el teletrabajo, la aplicación de la suspensión perfecta y otras alternativas laborales para limitar los efectos económicos de la pandemia.

Tal y como lo señalan Brzezinski, Deiana, Kecht y Van Dijcke¹, la cuarentena ha establecido cambios estructurales en las relaciones laborales, pero también en la vida de los trabajadores frente al elevado porcentaje de personas que requieren quedarse en sus hogares; sin embargo, las personas con trabajos manuales e indispensables para la cadena de abastecimiento, como era de suponer, en los últimos dos años, ha requerido del trabajo presencial².

A diferencia de otros tipos de eventos mundiales, ante una situación de tal magnitud, la pandemia provocada por la Covid-19 generó desafíos personales para conciliar el ocio con un nivel adecuado de trabajo remunerado; así como las actividades domésticas y los cuidados familiares. Producto de tales condiciones, ha aumentado la carga de trabajo no remunerado, sobre todo cuando hay presencia de hijos menores de edad, así lo determinan; por ejemplo, Del Boca, Oggero, Profeta y Rossi³ en una investigación realizada en los Estados Unidos de América.

Por otro lado, las decisiones políticas para la implementación del teletrabajo fueron, en el inicio del estado de emergencia, dubitativas y es que, en la práctica empresarial peruana, esta institución estaba precariamente desarrollada. En tal sentido, existía temor para implementarla en un periodo en el que muy pocas empresas estaban adaptadas al trabajo telemático. Para hacerla más eficiente, la institución del teletrabajo en el Perú requería de medidas de control y monitoreo constantes para mantener la eficiencia del vínculo laboral con el empleador, tal y como lo sugería la tendencia de las relaciones laborales en los países occidentales. Entonces, siguiendo con esa ruta, muchos empleadores se mostraron reacios a renunciar al control de supervisión directa, argumentando en muchos de los casos que el teletrabajo necesitaba de un proceso productivo con actividades de seguimiento y monitoreo constante para alcanzar los objetivos⁴.

¹ BRZEZINSKI, A., DEIANA, G., KECHT, V. Y VAN DIJCKE, D., La pandemia de COVID-19: acción del gobierno frente a la comunidad en los Estados Unidos. Documentos examinados y en tiempo real de COVID Economics , 7 , 115–147. 2020.

² BLUNDELL, R.; COSTA-DIAS, M.; JOYCE, R.; XU, X., COVID-19 and inequalities. *Fiscal Studies*, 41: 291-319, 2020.

³ DEL BOCA, D.; OGGERO, N.; PROFETA, P.; ROSSI, M.C. Women’s Work, Housework and Childcare, Before and During Covid-19. *IZA Institute of Labor Economics*. 2019. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3636638

⁴ ALLEN, T. D.; GOLDEN, T. D.; SHOCKLEY, K. M., How effective is telecommuting? Assessing the status of our scientific findings. *Psychological Science in the Public Interest*, 16(2), 40-68. 2015.

Atayama, Viollaz y Winkler⁵ señalan que los cambios, entonces, establecidos durante los dos últimos años plantearon agudas contradicciones en los derechos laborales de los trabajadores, especialmente al de las mujeres. Tal y como señalan los estudios que investigaron el cierre de escuelas que han afectado el trabajo de los padres desde casa, provocando diferencias de género en los estilos de vida y de trabajo durante la pandemia en Japón.

Según estimaciones recopiladas por la Defensoría del Pueblo del Perú, el 94.5% de las mujeres dedica parte de su tiempo a la preparación de los alimentos, el 97.5% al desarrollo de labores de limpieza en el hogar; mientras que el 96.7% en la limpieza y orden de la ropa, y el 84.9% a realizar compras para el abastecimiento del hogar. El panorama resulta ser completamente diferente para los hombres debido a que solo entre el 89.6% y el 84.2% de hombres han participado en labores de limpieza y cuidado del hogar. Condiciones que limitan el desarrollo y acceso al bienestar de las mujeres en el país al ser el Perú el cuarto país en América Latina con la mayor brecha de género en el mercado laboral⁶⁷.

Tal y como lo señala el Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante BID) en su investigación realizada en el año 2020 sobre: "¿Cómo afecta la Covid-19 a los niveles de desigualdad?", "es necesario señalar que la desigualdad de ingresos es una realidad en muchos países desarrollados y en economías emergentes. No obstante, hay grandes variaciones entre un país y otro. Los países de América Latina y el Caribe se caracterizan por una marcada desigualdad social y económica en comparación con otros países del mundo⁸". Una realidad que ha traído una brecha de desigualdad aún mayor durante la pandemia.

De la misma manera, es importante destacar que según el BID "la brecha de género en el mercado laboral también ha tenido cambios significativos en los últimos años, pero siguen existiendo grandes diferencias si se tienen

⁵ HATAYAMA, M.; VIOLLAZ, M.; WINKLER, H., Jobs' Amenability to Working from Home: Evidence from Skills Surveys for 53 Countries. Policy Research Working Paper No. 9241. Washington DC: World Bank, 2020.

⁶ DEFENSORIA DEL PUEBLO, Sobrecarga de labores en las mujeres durante la cuarentena por la emergencia sanitaria. Adjuntía para los derechos de la mujer. Documento de trabajo N°002-2020-DP/ADM, Lima, 2020. Recuperado de:

<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/Documento-de-trabajo-N-002-2020-DPADM-Sobrecarga-de-labores-en-las-mujeres-durante-la-cuarentena-por-la-emergencia-sanitaria.pdf>

⁷ Según el EAE Business School de España, 2020.

⁸ BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, ¿Cómo afecta el COVID-19 a los niveles de desigualdad?, Washington D.C., 2020. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/El-futuro-del-trabajo-en-America-Latina-y-el-Caribe-como-afecta-el-COVID-19-a-los-niveles-de-desigualdad.pdf>

en cuenta otras variables adicionales además del sexo⁹ . No solo se trataría de las diferencias de sexo, edad, origen, situación de acceso a justicia social, o cohesión social. A partir de la década del 2000 también es necesario agregar a aquellas variables vinculadas a la infraestructura tecnológica que agigantan la brecha de equidad de género de hombres y mujeres.

Por estas consideraciones, el presente artículo tiene como objeto analizar la actual situación laboral de las madres trabajadoras que realizan trabajo remoto durante el estado de emergencia provocado por la Covid-19 en el Perú.

2. Definiciones necesarias para el entendimiento del trabajo remoto en el Perú

2.1. El teletrabajo en el Perú

Una de las principales características del trabajo remoto en el Perú es que su vigencia se realizó aún en la década del 2010. A pesar, de su joven vigencia, la definición más exacta la podemos encontrar en el artículo 2º de la Ley N° 30036, en la que se define al teletrabajo con aquel desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador. Entonces, se denomina como “teletrabajador”, a aquella persona que en una empresa mantiene vínculo laboral a través de medios telemáticos y/o análogos, mediante los cuales se ejercen control y supervisión de sus actividades laborales. Son, entonces, elementos que coadyuvan a tipificar el carácter subordinado de la relación laboral ya que el empleador está obligado a otorgar medios físicos y métodos informáticos a fin de garantizar la dependencia tecnológica y el uso de la propiedad de los resultados de la empresa en donde labore el trabajador.

Por otro lado, es necesario señalar un conjunto de elementos esenciales para que se determine el teletrabajo, como, por ejemplo, (i) que el desempeño sea subordinado sin la necesidad que exista presencia física del trabajador en la empresa con la que mantiene vínculo laboral; (ii) que la prestación laboral sea efectuada a medios telemáticos y/o análogos; y que (iii) el control y la supervisión de las tareas se realicen a través de los mismos medios señalados.

2.2. El trabajo remoto, una medida de emergencia aplicada en el Perú

Con el inicio de la pandemia a nivel global, los efectos económicos y sociales generaron una influencia inmediata en instituciones constitucionales

⁹ Ídem.

de los estados en el mundo. Esta realidad no fue ajena al Perú. Los costos de producción tuvieron que limitarse ante las consecuencias negativas del cierre temporal de varias de las actividades económicas del país. La urgencia de lo vivido obligó a las autoridades peruanas a aplicar una modalidad diferente a aquella establecida en la Ley 30036. Es así como la modalidad del trabajo remoto se reguló a velocidad inmediata y entró en vigor a través del Decreto de Urgencia N° 026-2020: "Decreto de Urgencia que Establece Diversas Medidas Excepcionales y Temporales para Prevenir la Propagación del Coronavirus (Covid-19) en el Territorio Nacional" y el Decreto Supremo N° 010- 2020-TR, "Decreto Supremo que desarrolla disposiciones para el Sector Privado". Estos dos instrumentos normativos, entonces, son la base jurídica principal para la aplicación del trabajo remoto durante el estado de emergencia sanitaria.

Si bien, en el inicio de la pandemia se tenía en cuenta que la vigencia de estos instrumentos normativos era pasajera, prevalecieron por más de dos años. La publicación del Decreto Supremo N° 010-2020-TR y la Resolución Ministerial 072-2020-TR fueron el inicio de la nueva modalidad laboral en el Perú. El trabajo remoto, entonces, nace como una modalidad de emergencia ante la crisis provocada por la Covid-19. Al ser, por otro lado, el teletrabajo una modalidad laboral que requirió de medidas de consenso formal y por escrito entre el trabajador y el empleador para su vigencia; la medida de urgencia del "trabajo remoto", otorgaba la facultad unilateral a las empresas de "modificar el lugar de la prestación de servicios" a través de actividades telemáticas remotas.

Al igual que el teletrabajo, en el trabajo remoto debe existir la prestación de servicios subordinada con la presencia física de los trabajadores en sus domicilios; utilizando cualquier mecanismo telemático que permita realizar las labores tal y como se desarrollaban en el centro de trabajo físico. Esta premisa se encuentra regulada en el artículo 16 del Decreto de Urgencia N° 026-2020.

Así también, es necesario señalar que, de acuerdo con la naturaleza jurídica del trabajo remoto, este puede ser cambiado unilateralmente por el empleador. Se incorpora, además, al ejercicio laboral la utilización de medios informáticos, telemáticos y/o análogos en donde no se requiera la presencia física del trabajador en el centro de labores.

Otra de las características del trabajo remoto es que el empleador no afecte la naturaleza del vínculo laboral, la remuneración, y demás condiciones económicas de la relación laboral. Al mismo tiempo que, es imperativo que se le informe al trabajador sobre las medidas y condiciones de seguridad y

salud en el trabajo que deben observarse durante la prestación del servicio.

Ahora bien, existiendo condiciones nuevas para regular el trabajo a través de las modalidades telemáticas, la jornada de trabajo, así como otras instituciones laborales del derecho individual, muchas estas no han sido protegidas adecuadamente, como, por ejemplo, en la práctica empresarial, existiendo un abuso de la regulación y aplicación de la jornada ordinaria de trabajo de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales y/o el descanso obligatorio semanal. Varias de estas circunstancias, lamentablemente, fueron limitadas y atípicas durante la pandemia, generando condiciones abusivas para los derechos laborales de los trabajadores.

Por otro lado, existía una marcada discusión académica sobre las condiciones de equilibrio emocional de los trabajadores respecto a la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral frente a la aplicación de las medidas impuestas por el Estado peruano para el uso del trabajo remoto.

Es necesario comprender que la naturaleza de existencia del derecho del trabajo es básicamente que exista una conciliación entre la vida personal, familiar y laboral; es decir, la existencia de armonía en el desarrollo socioemocional del ser humano en sociedad, primando las mismas oportunidades tanto para mujeres y los hombres, con el fin de poder desarrollarse en cada uno de los ámbitos sociales de la vida.

Asimismo, desde nuestro punto de vista, el trabajo remoto ha deteriorado el tiempo que el trabajador debe dedicar a sus obligaciones familiares, debido a que, la existencia de la sobrecarga laboral digital limita la atención debida a las actividades de ocio y familiares si el trabajador tiene, por ejemplo, hijos menores de edad y que se encuentren en la primera infancia, ya que los padres tendrán que pasar más tiempo usando los medios tecnológicos sin tener la interacción familiar debida. Además, que muchas veces el agotamiento laboral generará estrés e irrumperá las necesidades que puedan tener los hijos menores. El cierre de los colegios, además, ha incrementado las responsabilidades de control y seguimiento de los educandos en el hogar para las madres quienes, además, de prestar sus servicios laborales a través del trabajo remoto deben garantizar que sus hijos aprendan cada una de las temáticas tratadas y desarrolladas en los centros educativos.

2.3. La equidad de género en el Perú

El desarrollo de la equidad de género en el Perú ha sido trabajado en políticas públicas que buscan mejorar las condiciones de acceso a la justicia de hombres y mujeres por igual. Es necesario señalar que la discriminación

a las mujeres en el país, lamentablemente, es estructural y cruza cada una de las etapas de su vida¹⁰.

Así también, el machismo y el sexismio son prácticas que se encuentran arraigadas en gran parte de las familias peruanas, beneficiando más al género masculino que al femenino, lo que deviene en generar diferencias estructurales de acceso a la justicia y bienestar. Es de lamentar que la desigualdad y el machismo refuerzan la idiosincrasia de inferioridad o subordinación de las mujeres ante los varones en las familias peruanas.

Estos determinantes sociales influyen, también, en la prestación y desarrollo de los derechos laborales. Desde la discriminación, así como el acoso sexual, hostigamiento sexual, acoso político, violencia física, psicológica o sexual, trata de personas, feminicidio y otras que disminuyen las posibilidades de acceso a la justicia social de las mujeres respecto a los hombres.

3. El derecho al trabajo y la igualdad de género en el Perú

La discusión política, temática y académica sobre la igualdad de género en el desarrollo del derecho laboral fue discutida a través de normas del Derecho Internacional Público del Sistema de Naciones Unidas. Estas instituciones fueron tratadas en el Convenio N° 100, "Convenio sobre la igualdad de remuneración" y el Convenio N° 111, "Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)" de los años de 1951 y 1958, respectivamente, los mismos que determinaron los principios de "igualdad de oportunidades laborales" y "el derecho de trato igualitario entre mujeres y hombres en el ejercicio laboral". Es necesario señalar que estos protocolos internacionales obligaban a los países firmantes a promover su difusión para la eliminación progresiva de la discriminación en sus jurisdicciones; un reto difícil de implementar en las décadas posteriores en los países occidentales y más aún en aquellos países que tienen una realidad e idiosincrasia parecida al Perú. Estos esfuerzos han sido constructivos, incluso si tomamos en cuenta al Convenio N° 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso, 2019¹¹.

Asimismo, a pesar del incremento en la contratación de mujeres en las planillas de empresas locales, la segregación por género en el mercado

¹⁰ OBSERVATORIO NACIONAL DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR, Igualdad de género en la política pública peruana. Lima, 2019. Recuperado de: <https://observatorioviolencia.pe/igualdad-de-genero-en-la-politica-publica/#:~:text=2-,La%20pol%C3%ADtica%20nacional%20de%20igualdad%20de%20g%C3%A9nero%20peruana,y%20sociales%20de%20las%20mujeres>

¹¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 190 sobre la violencia y el acoso. Ginebra, 2019. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

laboral, la división del trabajo por género ha estado presente en nuestra sociedad.

Hubo, por supuesto, interesantes avances en algunos países industrializados para otorgar un rol más protagónico a las mujeres, dejándolas participar en la política y que puedan adquirir cada vez más derechos progresivos para el beneficio de sus anhelos y propósitos de vida. Es así como durante las décadas de 1990 y 2000 que se establecieron indicios, minúsculos, por supuesto, para la reducción del trabajo doméstico de las mujeres. Sin embargo, según la OIT gran parte del trabajo doméstico y cuidado infantil, sigue siendo conducido por las mujeres en los hogares latinoamericanos.

Estas circunstancias conducen a las mujeres a optar por horarios de trabajo a tiempo parcial u horarios atípicos que se ajusten a sus obligaciones domésticas. Además de ello, las largas horas u horarios impredecibles, incitan aún más a la segregación por género, lo que crea barreras para la entrada al mercado laboral y el crecimiento profesional. Por ello, las políticas sobre el tiempo de trabajo deben apuntar a que se reduzcan las brechas de desigualdad entre la mujer y el hombre, permitiendo que ambos combinen el trabajo remunerado, las responsabilidades familiares, y la formación permanente.

3.1. El derecho a la desconexión laboral

Según la OIT¹², el inicio de la pandemia trajo considerables efectos en la vida de los seres humanos. Estos efectos generaron también cambios inmediatos en las organizaciones empresariales para adaptarse a las nuevas necesidades del mercado. El cambio abrupto provocado por la Covid-19 sucedió tan rápido que las nuevas prácticas laborales no consideraron los mínimos requisitos de salud y seguridad ocupacional necesarios para el goce de los derechos individuales inherentes a los trabajadores, dentro de los cuales se encuentra garantizar el bienestar mental y el derecho a la desconexión laboral. Las características físicas y ambientales en los centros de trabajo en el pasado guardaban una línea con los derechos de ocio de los trabajadores; sin embargo, los nuevos hábitos de trabajo cambiaron la capacidad de los trabajadores para desempeñarse de forma remota y efectiva.

Ahora bien, en el Perú, ante la presión política y sindical de organismos no gubernamentales y algunos partidos políticos, se estableció el derecho

¹² MICHELLE M.; ROBERTSON Y KATHLEEN M., Trabajar desde casa: Factores humanos y consideraciones ergonómicas para teletrabajo. Ginebra, 2020. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_742061.pdf

a la desconexión digital, tal y como lo señalan Melissa Tavara y Guillermo Chira¹³ en una investigación realizada al término del año 2020, al considerar que en el Perú, el origen del trabajo remoto se estableció como una especie de "salvavidas laboral" ante la situación de emergencia provocada por la Covid-19, siendo definido por el artículo 16 del Decreto de Urgencia 127-2020, como aquel derecho que "se caracteriza por la prestación de servicios subordinada con la presencia física del trabajador en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar las labores fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de las labores lo permita".

Entonces, son entendidas como obligaciones de los empleadores, por ejemplo, según la extensión del Decreto de Urgencia, establecidas en su artículo 18º: "respetar el derecho a la desconexión digital del trabajador, por el cual este último tiene derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos utilizados para la prestación de servicios durante los días de descanso, licencias y períodos de suspensión de la relación laboral".

Evidentemente que los alcances jurídicos establecidos durante la pandemia fueron complementarios a los documentos normativos existentes en nuestra legislación; sin embargo, no fueron suficientes para limitar las funciones de subordinación de los trabajadores ante los empleadores. Hay que tener en consideración que la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, guarda relación con las normas del Comité Mixto de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de la Organización Mundial de la Salud (OMS) respecto a la finalidad de la salud en el trabajo, la misma que consiste en "lograr la promoción y mantenimiento del más alto grado de bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todos los trabajos; prevenir todo daño causado a la salud de éstos por las condiciones de su trabajo; proteger el empleo contra los riesgos resultantes de agentes perjudiciales a su salud, así como colocar y mantener al trabajador en un empleo adecuado a sus aptitudes fisiológicas y psicológicas; y adaptar el trabajo al hombre y cada hombre a su actividad"¹⁴.

¹³ TAVARA, M. Y CHIRA, G., Hacia una adecuada regulación del derecho a la desconexión digital en el Perú y la actuación de la inspección del trabajo. Revista de Investigación de Derecho. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo Lima, 2020. Recuperado de: <https://doi.org/10.35383/ius-usat.v9i2.459>

¹⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Promoción de la salud y el bienestar en el trabajo. Ginebra, 2014. Recuperado de: <https://www.ilo.org/safework/areasofwork/workplace-health-promotion-and-well-being/lang--es/index.htm>

3.2. La vulneración de los derechos laborales de las mujeres en la nueva modalidad de trabajo

No cabe duda de que la nueva modalidad laboral generada en la pandemia ha establecido, también, una vulneración marcada a los derechos laborales de las mujeres. Por ejemplo, según estimaciones de la Cepal, “la fuerte contracción económica ha afectado negativamente la ocupación y aumentado la precarización de las condiciones laborales en la región, lo que en el caso de las mujeres representa un retroceso de más de diez años en su participación en el mercado laboral”¹⁵.

Por otro lado, la misma Cepal estimó que para el 2020, probablemente, la tasa de desocupación de las mujeres llegó a alcanzar un 22,2%. Según las mismas estimaciones del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional la mayor caída de las actividades económicas se dio entre el segundo y tercer trimestre de 2020 producto del confinamiento (cuarentenas forzadas) y los estados de alarma y emergencia en los países de la región, con claras repercusiones en las tasas de desocupación y participación que se evidenciaron en algunos países de la región.

La misma Cepal determinó que para el caso de las mujeres, la realidad fue negativa, debido a que durante el segundo trimestre de 2020, entre los meses de abril y junio, las mujeres tuvieron una participación laboral limitada de tan solo 36%, mientras que la tasa de su desocupación fue de 7.5%, presentándose así una variación interanual de 3.5%.

Los menores ingresos y la ruptura de la cadena de pagos y abastecimiento generaron la imposibilidad de realizar actividades laborales de manera virtual para todos los trabajadores. Las mujeres trabajadoras que, además, ejercen actividades domésticas fueron las más afectadas, ya que se deterioraron sus derechos laborales frente al cierre obligatorio, como es el caso peruano, de los centros educativos; recargando las condiciones laborales de las madres en sus hogares.

No solo es el caso de la sobrecarga de labores familiares, sino que las condiciones labores de las mujeres tenían que verse afectadas por la reducción de sus ingresos y la sobrecarga de las tareas no remuneradas en sus centros de trabajo. Es también relevante señalar que la falta de parámetros de desconexión laboral para las trabajadoras que ejercían el trabajo remoto afectaba, también, la jornada de trabajo y el derecho a contar con horas extras. La fatiga laboral y el estrés eran parte del día a día, vulnerándose,

¹⁵ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad. Santiago de Chile, 2021. Recuperado de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46633/5/S2000740_es.pdf

así, la salud mental y el bienestar de las mujeres en el Perú.

De la misma manera, la expansión del uso de tecnologías de información y el desarrollo de la economía digital ha establecido un efecto nocivo al mercado laboral de las mujeres y en el tipo de habilidades necesarias para participar en las actividades económicas y sociales. Tal y como recomienda la Cepal, "la igualdad de género es imprescindible para superar la segmentación en el mundo laboral y lograr que las nuevas posibilidades de la economía digital vayan acompañadas de la transformación de los roles de género para la efectiva autonomía económica de las mujeres"¹⁶.

Es indubitable que las nuevas tecnologías, también, han generado brechas de inequidad entre hombres y mujeres. La economía digital constituye un obstáculo para que las mujeres accedan a una mejor calidad de información. Las brechas de equidad son las responsables de la falta de infraestructura tecnológica y por ello una constante para que en los hogares existan las mínimas condiciones telemáticas para la implementación del trabajo remoto¹⁷.

Asimismo, según mencionó Analia Alám en una entrevista brindada al Diario Gestión: "las mujeres reportan haber vivido la pandemia con mayor intensidad, estrés, ansiedad y depresión. Partiendo de nuestra realidad, con un 62% de mujeres en plantilla y con todas las labores que se realizan en remoto, es evidente que había que abordar esta problemática de la salud mental"¹⁸.

La Defensoría del Pueblo¹⁹, en su informe de sobrecarga de labores en las mujeres durante la cuarentena por la emergencia sanitaria, señala una serie de recomendaciones para que las condiciones de vida de las mujeres mejoren y se adapte mejor ante el escenario de la nueva normalidad. Por ejemplo, solicita a los empleadores que en los casos en que una mujer realiza trabajo remoto, esta debe tener las mejores condiciones regulares sin que se vea afectada su productividad. Estas actividades deben girar en

16 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad. Santiago de Chile, 2021. Recuperado de: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46633/5/S2000740_es.pdf

17 Ídem.

18 DIARIO GESTIÓN, La salud mental de las mujeres, la mayor amenaza al trabajo remoto en Perú. Lima, 2021. Recuperado de: <https://gestion.pe/economia/management-empleo/la-salud-mental-de-las-mujeres-la-mayor-amenaza-al-trabajo-remoto-en-peru-noticia/>

19 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Sobre carga de labores en las mujeres durante la cuarentena por la emergencia sanitaria. Adjuntía para los derechos de la mujer. Documento de trabajo N°002-2020-DP/ADM. Lima, 2020. Recuperado de:

<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/Documento-de-trabajo-N-002-2020-DPADM-Sobrecarga-de-labores-en-las-mujeres-durante-la-cuarentena-por-la-emergencia-sanitaria.pdf>

armonía a otorgar estabilidad laboral a las madres de menores de edad y permanencia en los ingresos, ya que el periodo de emergencia a provocado inestabilidad económica y se les ha recargado sus actividades por atender las obligaciones familiares de sus hogares.

Los empleadores, por tanto, deben implementar normas de salud ocupacional para la vigencia de las actividades laborales a través del trabajo remoto que coadyuven a disminuir la tensión emocional y brindar, al mismo tiempo, capacitación para que las trabajadoras puedan conseguir una adecuada información para la distribución de los espacios en el hogar y gestionar el uso de los aparatos ofimáticos con los hijos que se encuentren en edad escolar o universitaria.

La naturaleza de las actividades laborales debe ser liderada por las organizaciones empresariales para que las mujeres tengan flexibilidad laboral en la prestación de las actividades laborales remotas en beneficio, por supuesto, de la mejora de la salud mental de las trabajadoras. La idea es que se disminuyan los efectos nocivos de ansiedad, depresión y estrés en los hogares, principalmente, pero también de cerrar la brecha de inequidad social, económica y moral de las mujeres frente a los hombres.

4. Conclusiones

De lo analizado se llega a determinar que los estados deben procurar reducir la segregación ocupacional entre hombres y mujeres para que realicen trabajos equitativos en base a su nivel educativo y sus capacidades; y, por tanto, no existan privilegios parcializados para el desarrollo del trabajo de las mujeres en una sociedad, como la peruana, que es altamente machista.

Por otro lado, para evitar la brecha de desigualdad, es necesario que se incentive la igualdad de género desde la educación básica regular. Estas prácticas serán beneficiosas para el futuro laboral de las mujeres; sin duda, una tarea pendiente y necesaria para la equidad de género en el Perú.

Es también importante promover el empleo femenino en las organizaciones empresariales, requiriendo de prácticas inclusivas y políticas públicas eficientes. Por ello es indispensable que la elaboración de estas políticas se realice con una eficiente articulación intersectorial e intergubernamental en nuestro país.

De la misma manera, para que el mercado de trabajo sea igualitario, las condiciones laborales deben permitir la conciliación de la vida profesional, el ocio y las obligaciones familiares, tanto para hombres y mujeres, ya que en la actualidad aún las tareas de cuidado familiar recaen sobre las mujeres.

Todos los miembros del hogar deben participar equitativamente en dichas labores; esto garantizará el desarrollo de una adecuada salud mental para que la labor de crianza sea proporcional para hombres y mujeres.

Finalmente, nuestra legislación aun es muy precaria e insuficiente para la protección de los derechos laborales de las mujeres, es por ello por lo que es importante que la autoridad administrativa de trabajo permanezca vigilante y monitoree la participación y permanencia de las mujeres en el mercado laboral. Asimismo, siguiendo las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo, sería conveniente que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, fortalezca la implementación de la Política Nacional para la Igualdad de Género, con especial énfasis en la reducción de la brecha salarial y la participación de las mujeres en la función pública, así como la aprobación de medidas para incentivar la designación de mujeres en cargos directivos en los sectores público y privado.

5. Referencias bibliográficas

ALLEN, T. D.; GOLDEN, T. D.; SHOCKLEY, K. M., How effective is telecommuting? Assessing the status of our scientific findings. *Psychological Science in the Public Interest*, 16(2), 40-68. 2015.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, ¿Cómo afecta el COVID-19 a los niveles de desigualdad?, Washington D.C., 2020. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/El-futuro-del-trabajo-en-America-Latina-y-el-Caribe-como-afecta-el-COVID-19-a-los-niveles-de-desigualdad.pdf>

BRZEZINSKI, A., DEIANA, G., KECHT, V. Y VAN DIJCKE, D., La pandemia de COVID-19: acción del gobierno frente a la comunidad en los Estados Unidos. Documentos examinados y en tiempo real de COVID Economics, 7, 115–147. Wahington, 2020.

BLUNDELL, R.; COSTA-DIAS, M.; JOYCE, R.; XU, X., COVID-19 and inequalities. *Fiscal Studies*, 41: 291-319, 2020.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, La autonomía económica de las mujeres en la recuperación sostenible y con igualdad. Santiago de Chile, 2021. Recuperado de:

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46633/5/S2000740_es.pdf

DEFENSORIA DEL PUEBLO, Sobrecarga de labores en las mujeres durante la cuarentena por la emergencia sanitaria. Adjuntía para los de-

rechos de la mujer. Documento de trabajo N°002-2020-DP/ADM, Lima, 2020. Recuperado de: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/Documento-de-trabajo-N-002-2020-DPADM-Sobre-carga-de-labores-en-las-mujeres-durante-la-cuarentena-por-la-emergencia-sanitaria.pdf>

DEL BOCA, D.; OGGERO, N.; PROFETA, P.; ROSSI, M.C., Women's Work, Housework and Childcare, Before and During Covid-19. IZA Institute of Labor Economics. 2019. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3636638

DIARIO GESTIÓN, La salud mental de las mujeres, la mayor amenaza al trabajo remoto en Perú. Lima, 2021. Recuperado de: <https://gestion.pe/economia/management-empleo/la-salud-mental-de-las-mujeres-la-mayor-amenaza-al-trabajo-remoto-en-peru-noticia/>

HATAYAMA, M.; VIOLLAZ, M.; WINKLER, H., Jobs' Amenability to Working from Home: Evidence from Skills Surveys for 53 Countries. Policy Research Working Paper No. 9241. Washington DC: World Bank, 2020.

MICHELLE M.; ROBERTSON Y KATHLEEN M., Trabajar desde casa: Factores humanos y consideraciones ergonómicas para teletrabajo. Ginebra, 2020. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_742061.pdf

OBSERVATORIO NACIONAL DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR, Igualdad de género en la política pública peruana. Lima, 2019. Recuperado de: <https://observatorioviolencia.pe/igualdad-de-genero-en-la-politica-publica/#:~:text=2,-La%20pol%C3%ADtica%20nacional%20de%20igualdad%20de%20g%C3%A9nero%20peruana,y%20sociales%20de%20las%20mujeres>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 190 sobre la sobre la violencia y el acoso. Ginebra, 2019. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Promoción de la salud y el bienestar en el trabajo. Ginebra, 2014. Recuperado de: <https://www.ilo.org/safework/areasofwork/workplace-health-promotion-and-well-being/lang--es/index.htm>

TAVARA, M. Y CHIRA, G., Hacia una adecuada regulación del derecho a la desconexión digital en el Perú y la actuación de la inspección del trabajo.

Hermoza Peralta, A. "El trabajo remoto y la equidad de género para las madres trabajadoras en el Perú", en: Boletín N.º 02, Amachaq, Derecho Laboral y Procesal Laboral, 2022, pp. 61-75, enlace: <http://editorialamachaq.com/b2-laboral/>

Revista de Investigación de Derecho. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo Lima, 2020. Recuperado de: <https://doi.org/10.35383/ius-usat.v9i2.459>

La libertad sindical y los límites de las licencias sindicales

Daniel Esteban Romero Zuloaga**

Universidad San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Libertad sindical en nuestra constitución / 2. Titularidad del derecho / 3. El garantismo estatal a la libertad sindical / 4. La libertad sindical y la OIT / 5. Los derechos sindicales / 6. La licencia sindical y problemática actual / 7. Razonabilidad y ponderación en el uso de las licencias sindicales / 8. Reflexiones.

1. Libertad sindical en nuestra constitución

La licencia sindical en medio del ejercicio de los derechos sindicales es común y se encuentra habilitada bajo los alcances del artículo 28 inciso 1 de nuestra Carta Magna¹. Bajo esta garantía de protección dirigentes sindicales tienen un reconocimiento de prerrogativas para el ejercicio de actividades de representación en funcionamiento de la organización sindical.

La Constitución de 1993 reconoce el derecho a la libertad sindical, conjuntamente con el de negociación colectiva y huelga, así tenemos que se consagra constitucionalmente la libertad sindical. Este concepto tiene relevancia jurídica por ser un derecho constitucional específico y la tutela que le otorga nuestro máximo cuerpo legal, constituye en palabras de Rodríguez Piñero es “*un reconocimiento que marca la adhesión constitucional al modelo pluralista*”²

* Artículo académico para el Curso Especializado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo y Derecho Laboral, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 20 de noviembre del 2021.

** Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Especialista en Derecho Laboral, Procesal Laboral Negociaciones Colectivas – Sindicales.

1 “Artículo 28º.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical. (...”

2 Contrapuesto al modelo «unitario» de relaciones laborales cuya lógica organizacional reposa «en una autoridad unificada, legitimada, indiscutida e indiscutible en la empresa y una estructura de lealtad de todos los miembros, unidos en comunes objetivos y valores que vinculan a todos incluso en la aceptación de las prerrogativas de la dirección. Las consecuencias en el plano colectivo de esta ideología son claras: la negación del valor al conflicto laboral (debido a malentendidos, incapacidad de la dirección, actuación de agitadores, etc.); la no legitimación de la presencia del sindicato en la empresa, e incluso

Se le toma como una adhesión al modelo pluralista por estar reconocido el derecho en nuestra Constitución, protegiéndose a un nivel superlativo el derecho a la libertad sindical.

Es de señalarse que dentro de un Estado Social de Derecho, parte integrante y esencial de nuestra Carta Magna, se permite una autonomía colectiva de los derechos sindicales, tales como lo son el derecho a la libertad sindical, a la negociación colectiva y al derecho de huelga, todos estos fundados en que dentro del campo del Derecho al Trabajo, nuestra política Constitucional busca la promoción del empleo, la búsqueda de mejores oportunidades y el promover mejores condiciones de progreso social y económico, especialmente mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo³.

Es interesante notar que el tan citado artículo 28 de la Constitución está contenido dentro del Título I, Capítulo II derechos sociales y económicos, lo cual sustenta nuestra teoría de indicar que el Estado a través de otorgar este reconocimiento y derecho, quiere proteger e impulsar por un lado el desarrollo económico con el fomento del empleo, pero sin descuidar a los trabajadores, dándoles una protección constitucional con el derecho a la libertad sindical.

2. Titularidad del derecho

Históricamente el derecho a la libertad sindical fue obtenido mediante las luchas de los trabajadores, convirtiéndose en un instrumento ideal para hacer frente al conflicto y disparidad con el empleador.

La libertad sindical como derecho expresa una titularidad doble, comprendiéndose a aquellos trabajadores que gozan de una titularidad individual y la titularidad grupal o colectiva, esta de desprende de las formas de las relaciones características dentro de la defensa o protección sea de un trabajador protegido por este derecho o del impulso y también protección de grupos de trabajadores.

Nuestra Constitución muestra un claro silencio y es muda sobre quienes están protegidos, únicamente muestra de manera genérica la indicación global de quienes están protegidos.

El sentido del derecho a la libertad sindical y su vinculación directa con un trabajador o un grupo de trabajadores es inherente al sentido tuitivo del

en la propia sociedad, por ser una reliquia histórica, cuya actuación es legítimamente dudosa, y que constituye una intrusión, además peligrosa al poder servir de vehículo a los que quieren subvertir el orden social», en gráficas expresiones de Rodríguez-Piñero (1977: 15 y 16).

³ Constitución Política del Perú (1993), art. 23.

Derecho del Trabajo, el cual -al igual que el derecho a la libertad sindical- principalmente busca otorgar a estos dos titulares una protección adicional, la cual podemos denominar como una protección colectiva.

3. El garantismo estatal a la libertad sindical

El Estado no solo promueve y protege los derechos sindicales -la libertad sindical- sino que esta obligado a garantizar el derecho a la libertad sindical y esta garantía (constitucional) tal como refiere el Tribunal Constitucional es positiva y negativa, es de notar:

“...la libertad sindical como derecho constitucional implica la instauración de garantías positivas y negativas. La protección negativa se plantea frente al Estado y se dirige a la remoción de todos los obstáculos y restricciones que impidan el libre ejercicio de la libertad sindical. La protección positiva supone la implementación de medidas frente al empleador, principalmente, dirigidas a garantizar la efectividad del derecho por medio del establecimiento de reglas, procedimientos, medios de reparación, sanciones y facilidades para su ejercicio⁴.”

Ante estos supuestos, queda claro que el Estado está en la obligación de garantizar aquella libertad sindical reconocida constitucionalmente, procurando un ambiente que disponga y permita que este derecho pueda desenvolverse completamente, y que su ejercicio tenga las garantías suficientes para que se pueda desarrollar y manifestar.

4. La libertad sindical y la OIT

Dentro de los instrumentos internacionales, como principal tenemos que referirnos a la regulación OIT, la cual es considerada como norma supranacional imperante en la materia.

Refiriéndonos al derecho que hoy nos trae a comentario, debe señalarse que sobre la libertad sindical la Organización Internacional de Trabajo ha desarrollado amplio; es de citar la constitución de la OIT, la cual expresamente reconoce al principio de la libertad sindical como una de las condiciones necesarias para llegar a la paz y armonía universal, esto es, entre las partes intervinientes en el conflicto interminable existente entre trabajador(es) y empleador(es).

Los principales convenios que reconocen la libertad sindical son el Convenio 87 sobre libertad sindical y la protección de la sindicalización, el Convenio 98, sobre sindicación y negociación colectiva, el Convenio 151, sobre

⁴ Expediente 01139-2007-PA/TC

protección al derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública.

Lo que es claro es aquella búsqueda mediante la regulación para revestir y blindar a la libertad sindical contra cualquier intento de desvió, interferencia o vulneración.

El porque de llamar un pequeño comentario sobre los instrumentos internacionales para con este derecho es simple, nuestra Constitución reconoce a los acuerdos y tratados suscritos y ratificados por el Estado como norma con carácter de obligatoria observancia, es por ello que, en medio del uso de las facultades de toda autoridad, se debe considerar para todo tipo de actividad lo regulado por nuestra Constitución, así como lo "aceptado" como lo son convenios de la OIT.

Ante este escenario, veremos como en claro ejemplo los jueces aplican la norma interna y especial para resolver un caso concreto, todo ello incluyendo un control de Convencionalidad, el que fija que para todo caso el respeto y consideración de la normativa internacional.

Tal cual señala Becerra Ramírez nombrando a Zagrebelsky:

"Ante ello, Gustavo Zagrebelsky plantea que es un problema del derecho constitucional general, en el sentido del diferendo que se presenta al momento de hacer uso, por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, de los materiales normativos y jurisprudenciales externos, mediante la presencia de dos polos opuestos: uno que se caracteriza por la interpretación de los derechos humanos, en el que los tribunales nacionales asumen el compromiso con los contenidos del derecho internacional y consideran sin problema el derecho externo y, la tendencia opuesta, que rechaza dicha apertura, al defender los planteamientos constitucionales originarios que se expresan contra toda opción al universalismo o al constitucionalismo sin barreras.⁵"

La Conferencia Internacional - CIT señala que todos los países miembros deben ver dentro de su normativa los convenios sean estos ratificados o no cuando se refieran a principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la OIT, lo que genera un compromiso de los Estados en un doble sentido. De un lado el buscar que toda norma positiva tenga presente lo regulado en convenios y recomendaciones, es decir, la tipificación de todo cuerpo normativo debe ir mas allá de lo que indica una especialidad, debiéndose tomar en cuenta lo regulado por convenios; y de otro que, desde todo ámbito se debe buscar promover e impulsar el respeto a esta normativa.

⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. La ley y su justicia. Trotta, Madrid, 2014, pp. 338-339.

La OIT mediante sus convenios y recomendaciones -especialmente las citadas- refiriéndose a derechos fundamentales reconocidos y vinculados a la libertad sindical nos muestra los siguientes: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento del derecho efectivo de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y, d) la eliminación de todas las formas de discriminación en materia de empleo y ocupación.

Como herramienta para la protección de grupos de trabajadores, es imperativo entender el trasfondo de todas estas normas internacionales que lo único que buscaron -su espíritu- fue la protección mediante mecanismos que prevengan lo que traía la globalización, la apertura de los mercados, la bien llamada por el maestro Neves como la huida del derecho del trabajo, tanto individual como colectivo.

5. Los derechos sindicales

La libertad sindical trae consigo como una de sus manifestaciones distintos derechos, que como bien se explicaron, buscan la protección y el desarrollo de aquellos grupos de trabajadores (principalmente) los cuales luchan por mejoras económicas y de derechos frente al empleador.

Los principales derechos previstos son:

- Derecho a huelga
- La libertad negativa
- La libertad positiva
- La libertad individual
- La libertad Colectiva
- Negociación Colectiva
- A la Licencia Sindical

6. La licencia sindical y problemática actual

La licencia sindical puede definirse como el permiso que se concede a los dirigentes sindicales para ausentarse de su centro de labores en horario de trabajo, a efectos de realizar actos propios del cargo que ostentan en representación de su organización sindical. (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, La libertad sindical cit., p. 171.)

Definiremos la licencia o permiso sindical como el tiempo libre remunerado que se concede a los dirigentes sindicales para ausentarse de su puesto de labores dentro de la jornada de trabajo, a efectos de desempeñar actos de representación propios del cargo dirigencial que ostentan dentro del sindicato. Javier Arévalo Vela (2019). La licencia y la cuota sindicales en la legislación peruana. Revista Oficial del Poder Judicial 9(11): 93-118

La Recomendación N° 143 (párrafo 10, apartado 1) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) considera el permiso sindical como una de las facilidades que debe otorgarse a los representantes de los trabajadores para desempeñar eficazmente sus tareas de representación, sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales.

La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) ha dicho lo siguiente: [...] en el tema de las licencias sindicales no nos encontramos ante una facultad del empleador, quien en ejercicio de su poder de dirección podría autorizarlas o denegarlas, sino que por mandato imperativo de la ley se encuentra obligado a otorgarlas siempre que estén referidos a asistir a reuniones, cursos de formación, seminarios, congresos y conferencias sindicales (2014).

Según el artículo 32 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas, Decreto Supremo 010-2003-TR, tenemos:

"Artículo 32.- La convención colectiva contendrá las estipulaciones tendientes a facilitar las actividades sindicales en lo relativo a reuniones, comunicaciones, permisos y licencias.

A falta de convención, el empleador sólo está obligado a conceder permiso para la asistencia a actos de concurrencia obligatoria a los dirigentes que el Reglamento señale, hasta un límite de treinta (30) días naturales por año calendario, por dirigente; el exceso será considerado como licencia sin goce de remuneraciones y demás beneficios. Este límite no será aplicable cuando en el centro de trabajo exista costumbre o convenio colectivo más favorable.

El tiempo que dentro de la jornada ordinaria de trabajo abarquen los permisos y licencias remuneradas, destinados a facilitar las actividades sindicales se entenderán trabajados para todos los efectos legales hasta el límite establecido en la convención colectiva. No podrán otorgarse ni modificarse permisos ni licencias sindicales por acto o norma administrativa."

Así en nuestro ordenamiento encontramos dos tipos de licencias:

- La Licencia Sindical Convencional

- La Licencia Sindical Legal

La Licencia Sindical Convencional, la cual es aquella que delimita los alcances de esta misma bajo lo que estipulen las partes intervintes en la convención colectiva -que no es otra cosa que el producto de la negociación colectiva- y en dicho "acuerdo" se establecen el cuanto y como de este derecho, pudiendo ser en algunos casos mayor a los 30 días naturales señalados por norma, encontrándonos en algunos hasta el uso de licencias sindicales "indefinidas".

La Licencia Sindical Legal, a su vez no es otra cosa que la establecida expresamente en el artículo 32 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas, el cual señala aquellos "30 días naturales por año calendario por dirigente", límite que solo encuentra excusa y excepción ante la presencia del otorgamiento de una licencia sindical por convenio colectivo.

El permiso sindical permite que el trabajador/dirigente que debería laborar dentro de la jornada de trabajo, se ausente, liberándose y permitiéndose el no brindar su fuerza de trabajo, pero manteniendo el íntegro de sus remuneraciones y demás beneficios.

El concepto jurídico de la licencia sindical consiste en la suspensión de ciertos efectos del contrato de trabajo, cuando las obligaciones derivadas del cargo que el representante desempeña exigen una dedicación exclusiva a su función, resultando incompatible el cumplimiento simultaneo de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo.

Según el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en su artículo 32, la convención colectiva es el origen de estos permisos, pudiendo ser un tipo de licencia sindical convencional o de tipo legal, la que se da cuando se cumple lo establecido en el segundo párrafo del citado artículo⁶.

La norma señala de manera expresa que se tiene como límite máximo el uso -como derecho- de 30 días los cuales serán considerados como días remunerados, sin embargo, a partir del uso y manifestaciones de los sindicatos en cuanto a su tamaño y números de afiliados, vemos que existe una clara desnaturalización de lo que implica el uso de estas licencias versus los elementos esenciales de la relación laboral, siendo más específicos, la prestación personal de servicios y la subordinación.

6 "A falta de convención, el empleador solo está obligado a conceder permiso para la asistencia a actos de concurrencia obligatoria a los dirigentes que el Reglamento señale, hasta un límite de treinta (30) días naturales por año calendario, por dirigente; el exceso será considerado como licencia sin goce de remuneraciones y demás beneficios. Este límite no será aplicable cuando en el centro de trabajo exista costumbre o convenio colectivo más favorable."

Hoy vemos que la aplicación del límite temporal de los 30 días establecidos como derecho máximo para las licencias sindicales bajo la interpretación del artículo 32 de la LRCT puede libremente sobrepasarse, siempre y cuando no contravenga la costumbre de centro de trabajo o se tenga convenio colectivo más favorable. En mismo sentido, si tenemos un convenio colectivo celebrado podrá extenderse según "acuerdo" del grupo de trabajadores con empleador, fechas superiores a las máximas establecidas por norma.

El inconveniente proviene de mirar nuestra realidad, donde existen sindicatos los cuales en un uso excesivo de su poder y presión han logrado obtener permisos y/o licencias indefinidas, es decir, los dirigentes con el pretexto de los 365 días del año estar atendiendo asuntos sindicales, tienen expedito el no asistir a laborar, pero si deben ser remunerados.

Dicha situación contraviene no solo la lógica al ser imposible que se tenga a un dirigente durante todo este periodo únicamente dedicado a temas propios de un sindicato, sino que en la práctica se "pierden" elementos esenciales de la relación laboral, de un lado la subordinación, debido a que es imposible el poder fiscalizar, dirigir y hasta sancionar a un trabajador que es dirigente y no estar presente ningún día en su centro de labores (no existe labor efectiva) y en un segundo lado la prestación personal de servicios, pues no existe fuerza de trabajo que se brinda a empleador.

El uso del derecho a la licencia sindical por la falta de técnica normativa que regule su correcto ejercicio se ha convertido en un gran inconveniente, por ello vemos que se presentan situaciones donde una aplicación desmedida al efectuarse de manera ilimitada se convierte en un abuso del derecho.

En nuestra realidad, la licencia sindical y su uso están reguladas únicamente por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y tenemos un escaso bagaje de información respecto a los puntos propuestos en nuestro tema planteado.

Dentro de las pocas investigaciones realizadas por especialistas en la materia tenemos ensayos como el que titula "El derecho a los permisos laborales: el progreso en el respeto a la dignidad humana del trabajador: Comentario a la STC Exp. N° 02168-2008-PA/TC" realizado por Luz Pacheco Zerga⁷. Dicho ensayo toca desde la perspectiva del trabajador el derecho a los permisos laborales y las licencias en el desempeño de cargos dirigenciales; critica que nuestra normativa interna no defina en particular estos

⁷ Pacheco, L. (2010). El derecho a los permisos laborales: el progreso en el respeto a la dignidad humana del trabajador: Comentario a la STC Exp. N° 02168-2008-PA/TC. Gaceta constitucional, (26), 211-220.

dos aspectos, además, que por ausencia de normativa específica lo que es un derecho se convierta en un abuso en medio de su utilización.

Una lectura de relevancia sobre el tema es la de Oscar Ermida Uriarte, ensayo en la revista de la facultad de Derecho de la PUCP titulada Crítica de la libertad sindical, en esta se desarrolla lo conflictivo del uso de la libertad sindical, el sindicalismo y las relaciones colectivas.

Autor propone una reforma en base a lo débil de figura en medio de una aplicación permisiva.

Por último, consideramos que en medio de un uso razonado se vulnera directamente –cuando es desproporcional e injustificada- los elementos de la relación laboral, creándose un perjuicio económico al empleador.

7. La razonabilidad y ponderación del uso de licencias sindicales

El presente ensayo busca en base a la correcta aplicación de los principios de razonabilidad y ponderación, detallar si corresponde o es justificable el uso de esta herramienta legal de manera prolongada o hasta indefinida; de igual manera, considerando que el derecho al trabajo, sea este individual o colectivo, busca un equilibrio entre las partes, debemos detallar si cabe la posibilidad de que un dirigente sindical pueda en ejercicio de una licencia sin que medie alguna justificación objetiva que habilite lógicamente un periodo determinado.

Bajo los mismos preceptos es legal y justificado el realizarnos la interrogante de que hasta cuando corresponde -temporalmente- que un dirigente perciba una remuneración cuando hace uso de una licencia sindical.

Debemos evaluar que si existe un derecho –como el de las licencias sindicales- cualquier exceso en su ejercicio se podría convertir en un abuso del derecho, situación no contemplada y proscrita por nuestro ordenamiento.

Según el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza el derecho a la libertad sindical. Esta garantía se manifiesta no solo en la protección de los dirigentes frente a los actos antisindicales, sino también en el reconocimiento de ciertas prerrogativas para que dichos dirigentes puedan ejercer de modo eficaz su actividad de representación, así como en facilidades para el funcionamiento de la organización sindical. Entre estas facilidades están la licencia o permiso sindical y la cuota sindical.

La licencia sindical puede definirse como el permiso que se concede a los

dirigentes sindicales para ausentarse de su centro de labores en horario de trabajo, a efectos de realizar actos propios del cargo que ostentan en representación de su organización sindical.

La LPCL hace referencia a "permiso" y "licencia", lo cual permitiría deducir que se trata de dos figuras distintas, pero al remitirnos a las disposiciones pertinentes de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) y a su Reglamento, encontramos que, en el ámbito de los derechos colectivos, en particular en el de la libertad sindical, estos conceptos se definen como sinónimos. Asimismo, se establece que corresponde a la convención colectiva fijar, en principio, sus alcances pero que en todo caso lo pactado debe ordenarse a facilitar a los dirigentes sindicales el cumplimiento de sus obligaciones. Se entiende que estos permisos son remunerados y que cuando se exceden los límites establecidos en el convenio o, a falta de este, en la LRCT, dejan de serlo. La LRCT fija los límites mínimos de los permisos, puesto que se sobreentiende que son más amplios cuando existe una convención colectiva.

A todo lo dicho, puede otorgarse licencias sindicales "indefinidas" o por tiempos prolongados sin que medie justificación objetiva alguna, muchas veces por presión de sindicatos, otras por "acuerdos" entre partes participantes de convenios. Lo que es claro e innegable es que el derecho no admite ni permite el abuso, pues una de las características esenciales la búsqueda de la justicia, de dar a cada quien lo que corresponde.

8. Reflexiones

¿Es posible regular taxativamente la licencia sindical, dándole u otorgándole un límite que dentro de la razonabilidad permita su uso y no abuso?, lo que pretende el siguiente ensayo es que se establezca por Ley la manera de que sindicatos poderosos no permitan un uso de esta herramienta en presión a expensas de que la LRCT es permisiva, pues dentro de escenarios de "negociación" es imposible no aceptar a lo que se solicita por parte de sindicatos, caso contrario empresa perdería económicaamente por amenazas de huelgas o paralizaciones.

La razonabilidad como elemento fundamental ante un pedido de licencia sindical es la razón lógica para que se permita un uso ponderado de este derecho, sin embargo, ¿hasta dónde podemos extender la licencia sindical pagándole a un trabajador que no está laborando?, consideramos que en todo caso, licencias que excedan una temporalidad excesiva no puede producir que se agrave situación de empleador, por lo mismo se debería permitir para determinados casos que se dé una licencia sin goce de haber. Con esta solución no solo dirigentes no usarían licencia sindical de manera

indiscriminada, sino que no se afectaría elementos esenciales de la relación laboral.

Aportes al Derecho de Daños Laboral y análisis de criterios casacionales sobre accidentes de trabajo*

Ricardo Corrales Melgarejo**
Universidad Nacional Federico Villareal

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Aportes al Derecho de Daños Laboral / 2.1 Concepto / 2.2. Fundamento Jurídico / 2.3 Principio de justicia correctiva / 2.4 Principio de Solidaridad / 2.5 Naturaleza jurídica de las instituciones que comprenderían el Derecho de Daños Laboral, en relación con los AT. / 3. Análisis de tres casaciones y pleno supremo sobre accidentes de trabajo / 3.1 Casación N° 12225-2015Lima / 3.2. Casación N° 4258-2016-Lima / 3.3. Casación No. 10491-2015 Junín / 3.4. Tema 1 del VI Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral / 4. Conclusiones / 5. Referencias bibliográficas.

Resumen

El autor nos propone una nueva sub especialidad el Derecho de Daños Laboral, y presenta una avance de su fundamento ético jurídico, desarrollando los principios de justicia correctiva y solidaridad que considera pilares centrales en todo sistema jurídico regulatorio de las contingencias en la seguridad y salud en el trabajo. Sobre la base de tal marco teórico, estudia la naturaleza jurídica de los accidentes de trabajo, asimismo, analiza un conjunto de sentencias casatorias y el tema 1 del VI Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, relacionados con los infortunios laborales, destacando sus avances, y por último, propone mejorar los criterios jurisprudenciales en la optimización del principio tutivo laboral en la protección de los trabajadores víctimas de accidentes de trabajo.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Alta Especialización en la Nueva Ley Procesal del Trabajo y Derecho Laboral, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 20 de noviembre del 2021.

** Abogado por la UNFV, Máster Magistratura Contemporánea: La Justicia en el Siglo XXI de la U. de Jaén España, Maestría en Derecho Civil y Comercial por la UPLA, Juez Superior Titular y Presidente de la Sala Mixta de Tarma de la Corte Superior de Junín, publica parte de sus sentencias, exposiciones y artículos, en: <ricardocorralesmelgarejo.blogspot.com/> y <www.facebook.com/ricardo.corrales.35/notes>

Palabras Clave: daños-indemnización- accidente de trabajo-derecho laboral

1. Introducción

En el Perú, aún está pendiente la tarea de sistematizar el Derecho de Daños Laboral, que comprenda las indemnizaciones por despido constitucional, hostilización, acoso laboral (*mobbing*), accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y cualquier otra desgracia que padezca el trabajador durante su vida laboral, asimismo, cuando sea éste en el trabajo el causante del infortunio en perjuicio de su empleador o de terceros. En tal contribución, en cuanto al tema de análisis crítico de las casaciones que nos avoca, aparecen las cuestiones siguientes: ¿Los accidentes de trabajo lo catalogamos como responsabilidad contractual o extracontractual? ¿Es posible aplicar supletoria y extensivamente algunas reglas e instituciones jurídicas de la responsabilidad extracontractual a la contractual? ¿En la responsabilidad contractual puede concurrir la responsabilidad objetiva o nunca? ¿La responsabilidad de prevención y protección en la SST del empleador implica una obligación de medio o de resultado?

Nuestras respuestas, serán a partir de la sistematización previa de algunas bases fundantes y principios del Derecho de Daños Laboral, el estudio de las instituciones de la responsabilidad civil implicadas y la naturaleza jurídica de los deberes del empleador frente a los accidentes de trabajo (AT). Todo lo cual, sirva de marco conceptual en el análisis crítico de las Casaciones Nos. 1225-2015 Lima, 4258-2016 Lima, 10491-2015 Junín y el Tema 1 del VI Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, advirtiendo las contradicciones y destacando, también, sus avances notables en la optimización del principio tuitivo laboral, a la luz de la más autorizada doctrina del Derecho de Daños. Finalmente, presentaremos nuestras propuestas de mejora de los criterios jurisprudenciales en la resolución de los conflictos intersubjetivos derivados de los AT.

2. Aportes al Derecho de Daños Laboral

2.1. Concepto

Nuestro Código Civil (CC) y la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST), centralmente, tutelan a las víctimas de los daños padecidos a causa o con ocasión del trabajo, asumiendo por ello el empleador responsabilidad civil. Antes bien, exploremos su etimología, tal *nomen iuris* viene del latín *responsum* o responder, significado que se ha conservado en la mayoría de los idiomas modernos, como por ejemplo en Alemán, respon-

sabilidad se dice *Verantwortung*, que viene de *Antwort* o **respuesta**.¹ En otro sentido idiomático latino, también, decimos que *respondere proviene de spondere que significa prometer, comprometerse a algo (de ahí también esponsales); una vez prometido, en un segundo intercambio de palabras, el sponsor es obligado a "re-spondere" por la deuda [...]*. Como se puede ver, la responsabilidad aparece etimológicamente en el seno de la relación contractual.²

Así, pues, al construir desde el lenguaje el principio subjetivo de la responsabilidad civil contractual, decimos en términos semánticos que es el deber de responder del comprometido ante su incumplimiento, al infringir el principio *pacta sunt servanda*, y causar daños a su contraparte, quedando sujeto a la indemnización de los perjuicios que por su culpa le cause, según el artículo 1321 del CC³.

Sin embargo, en la responsabilidad civil extracontractual, a la par del principio subjetivo tenemos el principio objetivo, el primero taxativo en el artículo 1969 del CC: *Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo*, y el segundo -con el avance industrial- ingresó a regular la vida social en el control de daños que causaban los bienes riesgosos y las actividades peligrosas, mediante su artículo 1970: *Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo*. Apréciese, que en todos los casos, se destaca la consecuencia a la causa, veamos:

Nuestro derecho clásico de la responsabilidad civil pone el acento sobre las condiciones de la puesta en marcha de una responsabilidad –sea fundada, como vimos, sobre la culpa personal, el riesgo creado o la autoridad- y la determinación del responsable es el paso fundamental para ello. Nuestra terminología “*derecho de la responsabilidad civil*” subraya esta primera referencia al polo pasivo de la obligación.⁴

1 POLO SANTILLAN, Miguel Ángel. La responsabilidad ética. Artículo en Veritas N° 42. Valparaíso: Pontificio Seminario Mayor San Rafael, 2019, p. 50. Descargado de <<http://revistaveritas.cl/2019/04/01/808/>>

2 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Lima: Ara Editores, 2016, t. II, pp. 438 y 439.

3 Artículo 1321^º.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la in ejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal in ejecución. Si la in ejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

4 LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, La Evolución de la Responsabilidad Civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización. En: ALTERINI, Atilio A. y otro, Derecho de Daños (y Otros estudios), Buenos Aires: La Ley, 1992, p. XXI

En cambio, preferimos para la designación de la sub especialidad que proponemos, no enfocarnos en la relación obligacional legal subjetiva, sino que ponemos por delante la causa de la responsabilidad civil, esto es, el daño, y prima facie a partir de este hecho construir el derecho del dañado, como recomienda Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, a saber:

[...] debemos tener un Derecho de Daños donde deberá atenderse al daño, a la magnitud del daño, al tipo de daño, a la víctima del daño, después de determinar la indemnización adecuada y, finalmente, buscar al agente causal del daño. Este es el orden lógico. No es responsabilidad civil; la responsabilidad civil es una consecuencia de que se ha producido un daño. Antes es el daño; después la responsabilidad civil. La responsabilidad implica que hay un ser humano [...] víctima del daño y que debe ser indemnizado, aunque no aparezca un agente del mismo, porque si no hay agente hay que inventarlo, hay que hacer un fondo, hay que crear seguros, en fin, lograr el ideal que no haya víctima que se quede sin reparación⁵.

De igual criterio, es Atilio ALTERINI cuando afirma que *importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora, porque el Derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor*.⁶

Es por ello, que a esta *nueva subespecialidad la denominamos Derecho de Daños Laboral*⁷, no sin antes recordar que, *es a partir de Fischer, quien en su libro "Los Daños Civiles y su Reparación", utiliza la expresión Derecho de Daños, tal como quedó traducido por Roces, para que luego, en España, esa expresión fuera importada por Jaime Santos Briz, siendo actualmente de uso común en la doctrina y jurisprudencia española y europea en general*⁸.

En suma, el Derecho de Daños Laboral es la sub especialidad del Derecho Laboral que estudia los fundamentos, teorías, principios y regulación de las obligaciones y derechos de las partes de la relación laboral, cuando resulten responsables de reparar al damnificado por el daño irrogado a consecuencia o con ocasión del trabajo, y por último, es objeto de su conocimiento la responsabilidad estadual de supervisión y socialización de los

5 CALDERÓN PUERTAS, Carlos. Daño a la Persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el Derecho Civil Peruano. Lima: Motivensa, 2014, p. 292.

6 Citado por CASTILLO FREYRE, Mario y otra. La atomización de la responsabilidad civil (O cómo el mundo moderno ha desecharido la unificación de la responsabilidad civil). En: CALDERÓN PUERTAS, Carlos y AGURTO GONZÁLES, Carlos Coords. La Responsabilidad Civil, Observatorio de Derecho Civil, Lima: Motivensa, 2010, V. III, p. 70.

7 CORRALES MELGAREJO, Ricardo y otra. Daño emergente, al proyecto de vida y lucro cesante en la responsabilidad contractual por despido constitucional. En: Revista Soluciones Laborales N° 108, Lima: Gaceta Jurídica, Diciembre 2016, p. 49

8 JACOB ALDI, Antonio. NOTAS ACTUALES SOBRE DERECHO DE DAÑOS, Nota (1) p. 97. Descargado de <<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/13396/12659/>>

daños, en la realización de la justicia correctiva y solidaria. Esta materia implica la intersección entre el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social con los principios y reglas de la Responsabilidad Civil del CC, y en particular con el régimen normativo de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SST), que al formar parte del orden jurídico público de carácter imperativo (*ius imperium*) va a integrarse al contrato de trabajo, como así también las cláusulas convencionales colectivas, todas ellas como mínimos legales que obligan a las partes, repercutiendo en las relaciones laborales sea suspendiéndolas o extinguiéndolas y, además, estableciendo para ambas partes contractuales deberes y derechos en la SST.

En lo que atañe a la prevención de los AT y gestión de sus contingencias, corresponderá a otras especialidades desde un enfoque multidisciplinario que intersecta la Administración de Personal, Medicina ergonómica, Psicología, Trabajo Social, Ingeniería Industrial y la Andragogía con la SST en la empresa. Siempre que, con Julio MARTÍNEZ VIVOT tengamos como concepto que, el *contrato de trabajo comprende dos manifestaciones: 1) crear una relación obligatoria de cambio entre sujetos, y 2) dar ocasión a la aplicación automática a dicha relación de las normas estatales y colectivas que correspondan, de acuerdo con el tipo de actividad contratado*⁹.

2.2. Fundamento ético jurídico

Los deberes de no dañar a nadie y de reparación del perjuicio causado al prójimo, en particular, a las partes de la relación laboral, es tan antiguo que se pierde en el tiempo, esta obligación atraviesa todos los textos normativos que desde antaño se ha dado en el mundo. Así, lo tenemos en el Código de Ammurabi¹⁰, los X Mandamientos de Moisés¹¹, las Institutas de Justiniano¹², la *Lex aquilia*¹³ y en las Partidas de Alfonso X¹⁴, por solo nombrar las más emblemáticas. Tanto así que, *algunos autores señalan que*

9 MARTÍNEZ VIVOT, Julio. Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 100.

10 "Ley 199: Si vació el ojo de un esclavo de hombre libre o si rompió el hueso de un esclavo de hombre libre, pagará la mitad de su precio" Código de Hammurabi, año 1751 a. C.

11 5to. Mandamiento: No matar (velar por la vida del otro).

12 "Debe hacerse apreciación no solo del cuerpo que ha perecido [...], sino además de todo el perjuicio que su pérdida nos haya ocasionado" Institutas de Justiniano (IV, III, 10) mandado a recopilar por el emperador bizantino Justiniano I entre los años 529 y 534.

13 La lex Aquilia correspondió a un plebiscito rogado por el tribuno Aquilio, cuya datación es imprecisa, aunque parece remontarse al siglo III a.C. En: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100010>

14 IV Partida, Título 21: De los siervos, Ley 6: Completo poder tiene el señor sobre su siervo para hacer de él lo que quisiere, pero con todo esto no lo debe matar ni estembar, aunque lo hiciere por qué, a menos de mandamiento del juez del lugar, ni le debe herir de manera que sea contra razón de naturaleza, ni matarle de hambre, [...]. Este cuerpo normativo rigió en Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284). En: <<http://www.ataun.eus/BIBLIOTECAGRATUITA/CI%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/Alfonso%20X/Las%20siete%20partidas.pdf>>

el origen de la división existente entre responsabilidad contractual y extracontractual se encuentra en el antiguo Derecho Romano, al señalar que mientras la Ley de las XII Tablas la responsabilidad era contractual, en la Ley Aquilia, era extracontractual de allí que en el Digesto y en la Institutas se les legislara separadamente¹⁵.

En el nuevo mundo colonial, las Leyes de Indias, puestas en vigencia por el Rey Carlos II de España en el año 1680, establecieron también normas para proteger a los aborígenes contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así establecieron que los indios debían ser atendidos en hospitales con subvenciones y cotizaciones de los patronos [...] igualmente se estableció límites al peso que debían cargar los indios que no podían exceder de dos arrobas.¹⁶

Todo orden normativo, tiene por finalidad garantizar los bienes máspreciados de la comunidad: de convivir en paz y justicia, y para ello las sociedades construyen un sistema jurídico disciplinario para incentivar y premiar conductas constructivas, pero también para desincentivar, disuadir, reprimir, prevenir conductas destructivas, y prever medidas reparadoras del tejido social, en especial políticas prestacionales solidarias a favor de los damnificados.

En ese sentido, el Derecho como constructo histórico social, contiene objetivos inherentes a toda civilización, y que se sintetiza en el ideal de hacer posible su continuidad en unidad de las potencialidades productivas de las personas, para el desarrollo y progreso del conjunto de sus individualidades, esto es, que el sistema económico social permita que cada ciudadano tenga la posibilidad de ejercer sus libertades y desplegar su proyecto de vida, resolviendo positivamente la contradicción particularidad y universalidad, como imaginaba Hege¹⁷; para ello, basa su funcionalidad social en la realización de los principios y derechos fundamentales de la libertad y la justicia, empero, coordinadas en la solidaridad humana.

Estos valores, también se expresarán modernamente en la sinergia de la libertad de empresa y la responsabilidad social, la justicia laboral y la solidaridad de los productores de unirse en un proyecto común que los beneficia, ya que separadamente les resultaría inalcanzable, sobretodo en este mundo globalizado y altamente competitivo.

15 CASTILLO FREYRE, Ob. Cit. p. 62

16 ARÉVALO VELA, Javier. Tratado de Derecho Laboral. Lima: Instituto Pacífico, 2016, p.350.

17 "La unión como tal es el verdadero contenido y fin, y la determinación de los individuos es llevar una vida universal; su posterior y particular satisfacción, actividad y comportamiento tiene como punto de partida y como resultado esa sustancialidad y validez universal. Considerada abstractamente, la racionalidad consiste en la unidad, compenetración mutua de la universalidad y de la individualidad; y aquí, concretamente en cuanto al contenido, en la unidad de la libertad objetiva, esto es, de la voluntad sustancial universal con la libertad subjetiva [...] HEGEL, G. W. F. Filosofía del Derecho. Madrid: Tecnos, 2004, p. 258.

Sin embargo, en ese entramado de principios y reglas que pretenden regular la conducta del ser social, la libertad humana se abre paso y despliega su emprendimiento, gracias a la apertura que el sistema jurídico le concede, ya que *nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*.¹⁸

Así, la libertad ontológica se hace patente en sociedad mediante los actos y conductas humanas en pos de la aventura de vida de cada quien, entendido como ser-libertad. Como decía Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *la libertad fenoménica es el proyecto originario que surge de una decisión libre, en tránsito de ejecución, de su realización en el mundo exterior*.¹⁹ Se ha dicho que, esta libertad humana tiene sus límites cuando colisiona con los derechos de otros, en efecto, así fue consagrado en el artículo 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: *La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley*.

En suma, podemos decir con Inmanuel KANT que la sociedad moderna de *naturaleza racional*, sostiene su coherencia y continuidad pacífica en la armonía de las libertades de sus ciudadanos, siempre que su regulación cristalice el *reino de los fines*,²⁰ de libertad, igualdad, justicia y solidaridad. Lo que se replica como ideal, también, en todo centro de trabajo, en el sentido que la libertad de empresa y de trabajo, se armonicen en la solidaridad de empleadores, trabajadores y Estado, de lograr que se desarrolle en un ambiente equilibrado, sostenible, saludable y seguro. Empero, con dispositivos jurídicos listos para restablecer la paz laboral como realización de la justicia correctiva, pues, *ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de*

18 Constitución.- Derechos fundamentales de la persona

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

19 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El Derecho y la Libertad como proyecto. Revista IUS ET VERITAS, N° 52, Lima: Pucp, Julio 2016, p. 117. Descargado de <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/16375/16779/>>

20 "[...]" todo ser racional como fin en sí mismo tiene a la vez que poder considerarse a sí mismo, en lo que respecta a todas las leyes a que pueda estar sometido, como universalmente legislador, porque precisamente esta aptitud de sus máximas para la legislación universal lo distingue como fin en sí mismo, e igualmente se sigue que esta su dignidad (prerrogativa) por delante de todos los seres meramente naturales lleva consigo tener que tomar sus máximas siempre desde el punto de vista de sí mismo, pero a la vez también de cualquier otro ser racional como legislador (los cuales por eso se llaman personas).

De este modo es posible un mundo de seres racionales (*mundus intelligibilis*) como un reino de los fines, "[...]" KANT, Inmanuel. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Edición bilingüe y traducción de José Mardomingo, Barcelona: Ariel Filosofía, 1996 y 1999, p. 207. Descargado de <<http://pdffhumanidades.com/sites/default/files/apuntes/Kant-Fundamentacion-de-La-Metafisica-de-Las-Costumbres-Ed-Ariel.pdf>>

los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador²¹, en su naturaleza de ser - humanidad.

Este fundamento ético, será la base de los principios de justicia correctiva, solidaria, previsión normativa, causalidad, imputación, de la *conditio sine qua non, restitutio in integrum*, diligencia, prevención, riesgo creado, justificación²², entre otros, y que tienen como base los principios generales subjetivo y objetivo²³, o también denominado teorías²⁴. Empero, todos ellos fundados en los principios de justicia correctiva y solidaridad, que son nucleares en el Derecho de Daños Laboral, por lo que adelantamos algunas reflexiones preliminares, sin desmerecer por cierto la importancia de los restantes.

2.3. Principio de justicia correctiva

Sobre la Justicia, es ilustrativo el trípode de Ulpiano: *vivir honestamente, no hacer daño a nadie y dar a cada uno lo suyo*. A partir de ello, el constructo social de Justicia ha venido llenándose de contenido a través de los tiempos y culturas, de los cuales en elenco abierto hallamos las especies: Justicia atributiva, comutativa, tuitiva o protectora, de desigualdad compensatoria, retributiva, distributiva, social, transicional, restaurativa, solidaria y correctiva. Esta última, es crucial en la responsabilidad civil.

La Justicia Correctiva (JC) viene de tiempos inmemoriales, pero es con Aristóteles que adquiere coherencia racional desde el principio de igualdad, y que en sus propias palabras, nos dice: *Porque la justicia que consiste en la distribución de las cosas comunes, siempre se ha de tratar por la proporción [...] Pero lo justo, que consiste en los contratos, es cierta igualdad, y lo injusto desigualdad, [...]*²⁵

21 Penúltimo párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Perú.

22 Algunos de ellos tomados de: SALAS CARCELLER, Antonio. Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, p. 10 y ss. Artículo en: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguros. Descargado de: <<https://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/PRINCIPIOSDERECHOEUROPEORC-ANTONIO%20SALAS-48-1.pdf>>

23 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Lima: Ara Editores, 2016, t. I, pp. 145 y ss.

24 Teorías subjetiva, objetiva, del riesgo creado, de la distribución social de los daños" CASTILLO FREYRE, Mario y otra. La atomización de la responsabilidad civil (O cómo el mundo moderno ha desecharido la unificación de la responsabilidad civil). En: CALDERÓN PUERTAS, Carlos y AGURTO GONZÁLES, Carlos Coords. La Responsabilidad Civil, Observatorio de Derecho Civil, Lima: Motivensa, 2010, V. III, pp. 67 y ss.

25 ARISTÓTELES. Ética de Nicómaco, libro V, Cap. IV, 3er. Pf., p. 222. Luarna Ed., obra reproducida sin responsabilidad editorial. Descargado de <<http://www.ataun.eus/BIBLIOTECAGRATUITA/Cl%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/Arist%C3%B3teles/%C3%89tica%20a%20Nic%C3%B3maco.pdf>>

De este modo, Aristóteles conceptualizaba la JC como aquella que rectifica la desigualdad que produce el daño causado por el victimario contra la víctima, lo mismo podemos decir cuando se afecta los derechos, coacta la libertad o se abusa de la posición de dominio en una relación de poder. Esta argumentación aristotélica, se actualiza con Jorge FABRA ZAMORA, cuando nos explica sobre la operatividad de la JC ante la vulneración de los derechos e incumplimiento de deberes, a partir de los aportes fundantes del Estagirita, al decir que:

[...] la labor de la justicia correctiva es restaurar así el equilibrio e igualdad [...]. Aristóteles representa la igualdad inicial entre las partes con dos líneas iguales. La injusticia del dañador distorsiona la igualdad al remover un segmento de la línea de la víctima, que añade a la suya. La corrección restaura la igualdad tomando el segmento de la línea del dañador, y restaurándola en la línea de la víctima. Si la igualdad ha sido restaurada, la injusticia ha sido corregida o rectificada.²⁶

Posteriormente, el principio se enriqueció en el Medioevo con los padres de la Iglesia y los glosadores, superando la justicia vengativa del "ojo por ojo"; y, en la modernidad, con los fundamentos filosóficos y jurídicos de diversas escuelas, pero en la base se mantienen los rieles aristotélicos que orientan su curso hasta la actualidad; y, en lo normativo, el Código Napoleónico (1804) se encargó de expandirlo por el mundo.

Entonces, la finalidad de la JC en su manifestación concreta es rectificar, modificar, corregir, no repetir, enmendar rumbo o retornar al estado de cosas anterior a la afectación ilícita de los derechos del violentado, y para ello emerge el deber de reparar, resarcir, reponer e indemnizar el menos-cabo transitorio o perpetuo de algún bien personal o extra personal del dañado, para ello el responsable del disturbio debe corregir a integridad (*restitutio in integrum*²⁷) el daño causado (función resarcitoria), sufrir la pena ejemplar que debe padecer sea administrativa, civil y penal (función sancionadora). Ciertamente, la comunidad ante tal advertencia adoptará

26 FABRA ZAMORA, Jorge. Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. En: Editores PULIDO, Carlos y otro. La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2013, p. 65.

27 La Sentencia del 31 de enero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso de los magistrados defenestrados del Tribunal Constitucional vs. el Estado peruano, acoge el principio de la restitución integral de lo perdido a favor de los perjudicados, a saber: "119. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados"

las acciones que sean necesarias para prevenir en el futuro la no repetición de las condiciones de riesgo y peligro de producción de similares comportamientos dañinos (función preventiva).

A partir de esta constatación, se produce la primera relación entre la justicia atributiva, correctiva, retributiva, distributiva y solidaria en el Derecho de Daños, aplicable también al ámbito laboral. Vale decir, que la primera atribuye a toda persona el deber de no causar daño al otro, y si éste se produce, se activa la segunda que impone la obligación de reparar el daño, que el agente dañador corrija su conducta antijurídica suriendo en retribución la sanción legal y, subsidiariamente, la intervención del Estado mediante los seguros sociales. Finalmente, citamos a Carlos BERNAL PULIDO, quien nos explica notablemente tal interrelación, veamos:

El principio de justicia correctiva fundamenta la atribución por daños únicamente a quien los haya causado [...] Reglas de responsabilidad derivadas de los principios de precaución y de prevención compensan la deficiencia concerniente a la falta de diligencia para evitar el daño y la imposibilidad para preverlo, y fundamentan la posibilidad de usar la acción de tutela para prevenir la causación de daños y la producción de riesgos inaceptables. El principio de justicia distributiva fundamenta el seguro de responsabilidad y de sistemas colectivos de responsabilidad, [...] para compensar la falta de recursos para reparar daños resarcibles cuando el agente del daño es insolvente o desconocido. Por último, el principio de justicia retributiva fundamenta la aceptación de los daños punitivos, destinados a crear un efecto de prevención general y especial en relación con la causación de daños de gran impacto en la sociedad (como los daños al medio ambiente y a la salud). La institucionalización conjunta de estos principios puede fundamentar un sistema de responsabilidad a la altura de nuestros tiempos²⁸.

2.4. Principio de solidaridad

Es evidente que, toda injusticia y quebrando del orden jurídico establecido, no sólo perjudica a las víctimas sino también a la sociedad, en cuanto indigna el incumplimiento –por ejemplo- de un contrato de trabajo, el drama de los accidentes laborales y la ruptura de toda regla de convivencia social que causa daños, esta doble repercusión merece una respuesta del sistema jurídico en ambas direcciones. Es aquí, desde lo social, donde ingresa el concepto de solidaridad, que para nosotros va a erigirse en uno de los

²⁸ BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge. Ed. La Filosofía de la Responsabilidad Civil. Estudios sobre los fundamentos Filosófico-Jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Universidad Externado de Colombia. 1ra. Ed. Colombia, 2013. P. 16

principios de todo sistema jurídico que se precie de civilizado, en particular en el Derecho de Daños Laboral y, con más intensidad en el Estado social, pues, si el liberalismo apartaba de la escena pública a la solidaridad y lo reducía a la filantropía privada, ahora la solidaridad es consubstancial a la libertad e igualdad, relacionándose con fuerza regulatoria, a través de los seguros privados y públicos, para enfrentar las contingencias a las que están expuestas las personas, máxime en trabajos riesgosos, insalubres y peligrosos.

Por ejemplo, actualmente, la pandemia del COVID-19 impone a los empleadores y trabajadores ser más solidarios que nunca, en armonizar productividad y salubridad en toda empresa. Con razón, Edison TABRA OCHOA definió que, *la solidaridad es el fruto de las relaciones de reciprocidad e igualdad entre dos o más personas en orden de alcanzar el bienestar personal o los beneficios comunes que serían imposible de lograr si se intentara de forma individual*.²⁹

Así también, se aprecia con mayor claridad la importancia de la solidaridad, como un principio directriz en el Derecho de Daños Laboral, no sólo en cuanto a la responsabilidad solidaria de los causantes del desastre, sino también en su dimensión social tuitiva, a través de procesos colaborativos en la SST, en la prevención y asistencia de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, mediante las organizaciones solidarias desde el comité empresarial de SST hasta un sistema nacional previsional, más aún, si somos partidarios de la *teoría de la distribución social de los daños, ya que la idea de solidaridad social evidentemente le sirve de fundamento*³⁰.

En ese sentido, con el Estado social se reconfigura el principio de igualdad formal del Estado liberal, con los nuevos deberes y *derechos de solidaridad*³¹ –considerados derechos fundamentales de tercera generación- en los ámbitos público y privado, tanto más en la responsabilidad civil. Este principio también ha sido consagrado como de cooperación en el artículo III de la LSST, a saber: *El Estado, los empleadores y los trabajadores, y sus organizaciones sindicales establecen mecanismos que garanticen una permanente colaboración y coordinación en materia de seguridad y salud en el trabajo*.

Es decir, la solidaridad nos devuelve al ser humano en su dignidad, y no

²⁹ TABRA OCHOA, Edison. Ética y solidaridad. Perspectivas históricas y normativas. Geneva: Globethics.net, 2017, p. 298.

³⁰ CASTILLO FREYRE, Ob. Cit. p. 72.

³¹ [...] la teoría constitucional agregó una tercera generación de derechos fundamentales, representados por los derechos de solidaridad, resultantes de los referidos intereses sociales. Código modelo de procesos colectivos para iberoamérica (aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004), p. 2. En: <<https://fislem.org/codigo-modelo-de-procesos-colectivos-para-iberoamerica/>>

será tanto el patrimonio lo central en responsabilidad civil, como Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, aconseja:

La filosofía de la existencia, en síntesis, ha facilitado la percepción que mayoritariamente tienen los juristas, en la actualidad, en cuanto a la centralidad de la persona en el derecho. Asimismo, ha permitido que los hombres de derecho, despojándose de una tradicional visión patrimonialista, la reconozcan como un fin en sí misma. Al mismo tiempo, como corolario de todo lo anterior, la filosofía de la existencia ha influido en los hombres de derecho en la tarea de redimensionar el rol que corresponde al patrimonio en tanto indispensable instrumento con que cuenta el ser humano en su proceso de autocreación continua.³²

Asistimos, pues, a ser testigos del tránsito del *homo faber* al *homo ecológico*, esto es, que no sólo la persona humana es basal, pues nos quedaríamos anclados en el Antropocentrismo decimonónico –que superó al Teocentrismo del Ancien Régime y puso al hombre y su ciencia en relación de dominio sobre la naturaleza–, sino que la centralidad ahora está en el ser humano y su entorno ecológico en convivencia armónica y sostenible, como unidad indivisible y recíprocamente consubstancial, siendo ahora el Ecocentrismo el avance de civilización más significativo en tiempos de desastre ambiental, desde este enfoque holístico corresponde seguir construyendo/deconstruyendo/reconstruyendo el Derecho, a partir de reconocerle derechos al planeta Tierra.³³

2.5. Naturaleza jurídica de las instituciones que comprenden el Derecho de Daños Laboral, en relación con los AT

Antes bien, conceptualicemos el *eventus damni*, sobre el particular, la OIT en la Recomendación N° 161 de las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, año 1964, propuso identificar como AT los supuestos de hecho que se detallan a continuación:

5. Todo Miembro debería, con arreglo a condiciones prescritas, considerar accidentes del trabajo los siguientes:

(a) los accidentes sufridos durante las horas de trabajo en el lugar de

³² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 39-40

³³ En vísperas del Día Internacional de la Madre Tierra, varios países latinoamericanos instaron en la ONU a aprobar una Declaración Universal sobre los Derechos de la Madre Tierra, similar a la de los Derechos Humanos. Propusieron un marco jurídico que permita proteger los recursos naturales y asegurar el bienestar de la humanidad. Descargado de <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2017/04/la-proteccion-de-la-madre-tierra-a-debate-en-la-onu/>>

trabajo o cerca de él, o en cualquier lugar donde el trabajador no se hubiera encontrado si no fuera debido a su empleo, sea cual fuere la causa del accidente;

(b) los accidentes sufridos durante períodos razonables antes y después de las horas de trabajo, y que estén relacionados con el transporte, la limpieza, la preparación, la seguridad, la conservación, el almacenamiento o el empaquetado de herramientas o ropa de trabajo;

(c) los accidentes sufridos en el trayecto directo entre el lugar de trabajo y:

(i) la residencia principal o secundaria del asalariado; o

(ii) el lugar donde el asalariado toma habitualmente sus comidas; o

(iii) el lugar donde el asalariado percibe habitualmente su remuneración.³⁴

En sede nacional, AT es *todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, y aun fuera del lugar y horas de trabajo.*³⁵

Ahora, veamos definiciones de AT en la Jurisprudencia comparada, en la Sentencia del Tribunal Supremo español 2497/2018 de 21 de junio de 2018, refiere que *ha de calificarse como accidente de trabajo aquel en el que de alguna manera concurre una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y el hecho dañoso, por haber ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación*³⁶

En sede nacional, la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 1225-2015-

³⁴Descargado de <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312459:NO>

³⁵ Según el Glosario de términos aprobado por el Reglamento de SST establecido por el DS N° 005-2012-TR modificado por los DD SS N° 006-2014-TR y 002-2020-TR

³⁶ Citado por VÁSQUEZ CONCHA, Jorge. ¿Estamos ya dentro de un nuevo sistema de responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo en el Perú? Descargado de <<https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/download/1831/1461?inline=1>>

Lima, selecciona un conjunto de aportes doctrinarios y uno convencional, veamos:

Cuarto: Definición de accidente de trabajo en la doctrina

[...] la doctrina contemporánea define al accidente de trabajo como « [...] aquel que se produce dentro del ámbito laboral o por el hecho o en ocasión del trabajo, tratándose normalmente de un hecho súbito y violento que ocasiona un daño psíquico o físico verificable, en la salud del trabajador [...]» [6]. La Decisión 584 de la Comunidad Andina, define al accidente de trabajo: [...] a todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, invalidez o la muerte. Es también, accidente de trabajo, aquel que se produce durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar de trabajo [7].

Por su parte Cortés Carcelén señala al respecto: «El trabajo se presta conforme a las instrucciones que da el empresario con sometimiento a sus directrices en cuanto al modo, intensidad, tiempo y lugar, integrándose al trabajador a un todo organizado que no controla, encontrándose impedido de establecer por sí mismo las medidas de seguridad necesarias para llevar a cabo su trabajo, por lo que estas descansan en el empresario. Con la actual configuración de la obligación general de prevención la deuda del empleador se extiende a la protección íntegra del trabajador, de su salud y seguridad, siendo suficiente entonces con que el daño se produzca como causa o consecuencia de la prestación laboral para que se proceda al análisis de los demás elementos tipificantes de la responsabilidad contractual a fin de determinar si el daño se deriva de un incumplimiento contractual del empleador. En consecuencia, la responsabilidad del empleador frente a un accidente de trabajo o enfermedad profesional es contractual» [8].³⁷

Ciertamente, la claridad en la comprensión que tengamos del AT, también, permitirá definir la naturaleza jurídica de las instituciones implicadas, y para ello, debemos de absolver las cuatro preguntas siguientes: **¿Los AT pertenecen a la responsabilidad contractual o extracontractual?**

Previamente, recordemos que durante la época del Estado liberal decimonónico del *laissez faire*, el tratamiento normativo de esta contingencia pertenecía a la responsabilidad extracontractual, pues, el patrón no respondía

³⁷ Descargado de <<https://lpderecho.pe/alcances-indemnizacion-danos-perjuicios-casos-accidente-trabajo-cas-lab-1225-2015-lima/>>

por el AT en el marco de la responsabilidad contractual. Sobre el particular, es ilustrativo traer el comentario de la Ejecutoria de la Corte Suprema de Massachusetts de 1842, *case Farwell v. The Boston and Worcester Rail Road Corp*, que replica Fernando de TRAZEGNIES GRANDA, a saber:

Esta interpretación primó en el siglo XIX en algunos países con fuerte desarrollo capitalista, a fin de evitar que hubieran podido frenar su dinamismo económico. Y se argumentó que el salario cubría también toda compensación por eventuales perjuicios porque, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, cada contratante se compromete libremente a cumplir su prestación a su propio riesgo, para recibir una contraprestación que ha juzgado equivalente.³⁸

Como se sabe, la crítica no se hizo esperar, desde las barricadas de la Comuna de París (1871) a los púlpitos del Vaticano con la Encíclica *Rerum Novarum* (1891) de León XIII³⁹, cuyos ecos hasta ahora resuenan en nuestras conciencias, como exclaman Carlos AGURTO GONZÁLES y Christian TAMAYO MELGAR, al indicar que el trabajador siendo *el dinamo de la producción de la riqueza, se ha convertido en un ser-instrumento intercambiable y con precarios derechos. Olvidando que el trabajador es un ser-humanidad. Evidentemente, se sigue luchando por la consolidación y el reconocimiento de la dignidad del ser humano "trabajador", por el mejoramiento de las condiciones de su desarrollo y por un ambiente de trabajo adecuado.*⁴⁰

De ahí que, se justificó el advenimiento del Estado social y los Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), pues, el legislador intervino en las relaciones laborales, estableciendo el deber de garantía y obligación del empleador en la protección del trabajador frente a los AT y enfermedades profesionales, tanto así que en el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1919, se

38 Ob. Cit. t. II, p. 449. 1

395. [...] Y éstos, los deberes de los ricos y patronos: no considerar a los obreros como esclavos; respetar en ellos, como es justo, la dignidad de la persona, [...] Que lo realmente vergonzoso e inhumano es abusar de los hombres como de cosas de lucro y no estimarlos en más que cuanto sus nervios y músculos pueden dar de sí. [...] Tampoco debe imponérseles más trabajo del que puedan soportar sus fuerzas, ni de una clase que no esté conforme con su edad y su sexo. Pero entre los primordiales deberes de los patronos se destaca el de dar a cada uno lo que sea justo. Ciento es que para establecer la medida del salario con justicia hay que considerar muchas razones; pero, generalmente, tengan presente los ricos y los patronos que oprimir para su lucro a los necesitados y a los desvalidos y buscar su ganancia en la pobreza ajena no lo permiten ni las leyes divinas ni las humanas. Y defraudar a alguien en el salario debido es un gran crimen, que llama a voces las iras vengadoras del cielo. «He aquí que el salario de los obreros... que fue defraudado por vosotras, clama; y el clamor de ellos ha llegado a los oídos del Dios de los ejércitos» (Sant. 5,4) Descargado de <http://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html#_ftn4>

40 AGURTO GONZÁLES, Carlos y TAMAYO MELGAR, Christian. El fenómeno Mobbing y su impacto en el Mundo Jurídico Contemporáneo: Algunas breves reflexiones. En: CALDERÓN PUERTAS, Carlos y AGURTO GONZÁLES, Carlos Coords. La Responsabilidad Civil, Observatorio de Derecho Civil, Lima: Motivensa, 2010, Vol. III, p. 311.

trazó como objetivo mundial lo siguiente:

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a la reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, **protección del trabajador contra las enfermedades**, sean o no profesionales, y **contra los accidentes del trabajo**, [...]⁴¹

En esa línea, la OIT emitirá varias recomendaciones y aprobará el Convenio sobre la indemnización por AT (agricultura), 1921; el Convenio sobre la indemnización por AT, 1925; el Convenio sobre las enfermedades profesionales, 1925; el Convenio sobre las enfermedades profesionales, 1934; y, el Convenio N° 121 sobre las prestaciones en caso de AT y enfermedades profesionales, 1964 -aún no ratificado por el Perú-.

Luego el año 2004, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) aprobó la Decisión 584 Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, en cuyo Artículo 4 acordó que: *En el marco de sus Sistemas Nacionales de Seguridad y Salud en el Trabajo, los Países Miembros deberán propiciar el mejoramiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, a fin de prevenir daños en la integridad física y mental de los trabajadores que sean consecuencia, guarden relación o sobrevengan durante el trabajo.*⁴²

En el 2006, la OIT adoptó el Convenio N° 187, sobre el marco promocional para la SST, pendiente de ratificación por el Perú, que estableció en su artículo 2 el deber Estadual de *promover la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo con el fin de prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo mediante el desarrollo de una política, un sistema y un programa nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.*⁴³

Posteriormente, en el 2008 conforme a la agenda de trabajo decente de la OIT, vendrá la Declaración de Seúl, sobre Seguridad y Salud en el Trabajo adoptado en el Congreso Mundial sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, donde se reconoció que, *el derecho a un medio ambiente de trabajo seguro*

41 Lo destacado es nuestro, descargado de <<https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f>>

42 Descargado de <<https://oiss.org/wp-content/uploads/2018/12/decision584.pdf>>

43 Descargado de <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C187>

*y saludable debe ser reconocido como un derecho humano fundamental y que la globalización debe ir acompañada de medidas preventivas para garantizar la seguridad y salud de todos en el trabajo.*⁴⁴

Por último, en sede nacional, la primera norma sobre SST es la Ley N° 1378, Ley de AT de 1911, luego se emitieron normas complementarias. La considerativa sexta de la Casación Laboral N° 1225-2015 Lima, resume nuestro bloque de constitucionalidad sobre la SST, veamos:

Sexto: Si bien nuestra Constitución Política del Perú no reconoce de manera directa el derecho de la seguridad y salud en el trabajo; sin embargo, consagra derechos que le sirven de fundamento: artículo 2.2 regula el derecho a la vida y a la integridad moral, psíquica y física, luego el artículo 7° reconoce el derecho a la protección de la salud concordante con lo dispuesto en el artículo 10° del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; el artículo 22° concordante con el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos Humanos señala al trabajo como deber y derecho y que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas, y el artículo 23° contiene disposiciones sobre la protección del trabajo en sus diversas modalidades y que todos los derechos del trabajador (derecho a la vida, a la integridad moral, física, la salud) deben ser respetados dentro de la relación laboral.⁴⁵

Finalmente, el Decreto Supremo N° 003-2005-TR, fue el primer reglamento del siglo XXI que estableció disposiciones en materia de SST recogiendo en su Título Preliminar los deberes patronales de Protección, Prevención y Responsabilidad, luego, en el 2011 se publicó la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST) modificada por la Ley N° 30222 y su Reglamento aprobado por DS N° 005-2012-TR y modificado por DS N° 006-2014-TR.

La jurisprudencia también contribuyó a la construcción pretoriana del deber de prevención y garantía de seguridad del patrono que ordena al subordinado una prestación en condiciones insalubres, inseguras y peligrosas, o el uso de instrumentos de trabajo que en su ejecución pone en riesgo la salud, integridad psicosomática o la vida de éste. Así, *la Corte de Casación francesa consagró, en 1911, la obligación de seguridad en el contrato de transporte de personas. La obligación de seguridad, en general, es asignada a una de las partes en diversas relaciones jurídicas, y consiste en el deber de proveer*

⁴⁴ Lo destacado es nuestro, descargado de <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/statement/wcms_095955.pdf>

⁴⁵ Descargado de <<https://lpderecho.pe/alcances-indemnizacion-danos-perjuicios-casos-accidente-trabajo-cas-lab-1225-2015-lima/>>

*lo necesario para la integridad de la otra.*⁴⁶ Lo que se extendió, también, al mundo del trabajo.

De la misma opinión es Eduardo ZANNONI, cuando informa que *el origen de esta formulación doctrinal de la llamada "obligación contractual de seguridad", que surgió en Francia, para dar adecuado encuadre a la responsabilidad del patrón por los accidentes de trabajo sufridos por los trabajadores en relación de dependencia y, más tarde, a la responsabilidad del transportador*. Es decir, la tesis contractualista comenzó a ganar terreno, sin embargo, la extracontractualista persistía en que el deber de no causar daño a nadie (*neminem laedere*) y la obligación de socorrer e indemnizar a la víctima al provenir de la ley, define que la responsabilidad es impuesta por el Estado y no por el contrato.

Empero, la posición contractualista la refutará argumentando que las obligaciones legales se integran al contrato de trabajo, por tanto, su infracción no solo es contra el orden público sino también en la ejecución contractual, pues, con Manuel ALONSO GARCÍA decimos que *los requisitos del objeto del contrato de trabajo son: lo posible, lo lícito y lo determinado o determinable*⁴⁷, entonces, la licitud comprenderá también la observancia de las partes de la normatividad imperativa de orden público social mínimo.

De ahí, que los AT impliquen responsabilidad contractual del empleador, finalmente, este debate en sede judicial ha sido resuelto en el fundamento 1.5, primer párrafo, del tema 1 de VI Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral 2016, al adoptar el criterio que, los AT causan la responsabilidad contractual del empleador cuando incumple su deber de prevención.

Luego, viene la cuestión **¿Es posible aplicar supletoria y extensivamente algunas reglas e instituciones jurídicas de la Responsabilidad Extracontractual a la Contractual?** Sobre el particular, cabe recordar las tesis monista, dualista y ecléctica. La primera funda su postura en que tanto el incumplimiento contractual como legal se unifican en una misma causa, por lo que no cabe su divorcio tajante. CARNELUTTI se adhiere a esta posición y, *advierte que al igual que la Responsabilidad Contractual, la Responsabilidad Extracontractual posee un vínculo previo (la ley) por lo que es bastante frágil la idea de que esta nace directamente de la culpa y aquella del contrato*⁴⁸; en el Perú, Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO abogó por inter-

⁴⁶ ALTERINI, Atilio A. y LOPEZ CABANA, Roberto M. Derecho de Daños (y Otros estudios). Buenos Aires: La Ley, 1992, p. 53. (Lo destacado es nuestro)

⁴⁷ Citado por GÓMEZ VALDEZ, Francisco. Contrato de Trabajo. Parte General. Lima: Adrus, 2016, p. 315

⁴⁸ SOLÍS CÓRDOVA, Mario. Apuntes en Torno a la Teoría de la Unificación de la Responsabilidad Civil. Artículo en la Revista Derecho y Sociedad, p. 180. Descargado de <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/16692/17023/>> Lo puesto entre paréntesis es

pretar ambos regímenes de modo integral y postuló su unificación, dado que las diferencias entre una y otra responsabilidad son sólo de matiz. Cuando los jueces se interioricen más en el personalismo jurídico comprenderán mejor que la responsabilidad civil gira en torno al daño o, para decirlo mejor, de la víctima del mismo.⁴⁹ También, Mario CASTILLO FREYRE se adhiere al planteamiento que señala que la unidad de la responsabilidad civil se sustenta en la teoría general del resarcimiento planteado por la doctrina y que es aplicable de manera uniforme tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual.⁵⁰

En cambio, la postura dualista sostiene que ambos sistemas son de naturaleza absolutamente distintas y, no cabe su unificación, menos la concurrencia o instituciones compartidas entre ambas, ya que el deber legal no puede asimilarse al nivel convencional, pues el primero sería de orden público y el último respondería a intereses privados.⁵¹ En el país, esta tesis es defendida por PAYET quien subraya que las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual son tanto sustantivas como accidentales, lo que justifica, según sostiene, un régimen diferenciado para cada modalidad.⁵²

Por último, en el intermedio, la tesis ecléctica nos dice según los hermanos MAZEUD que "no existe diferencia fundamental entre los dos órdenes de responsabilidad existen sólo algunas diferencias accesorias" Estas diferencias accesorias son las llamadas diferencias de régimen, esto es ambas responsabilidades se identifican en sus principios, pero no en sus efectos.⁵³ Por lo que, convendría que se mantengan separados en sus elementos configurativo, pero unidos en sus dispositivos esenciales. Debemos agregar, también, que no se admite que ambos tipos de responsabilidad posean funciones distintas y excluyentes, en tanto se afirma que ambas se complementan, ya que tienen como principio general el resarcimiento de la víctima.⁵⁴

Entonces, la respuesta a la pregunta será en función a la tesis que adoptemos, por ejemplo, en sede nacional hay quienes acogen la postura dualista, en razón a que nuestro Código Civil contempla el daño a la persona en su artículo 1985 dentro del capítulo relativo a responsabilidad extracontractual, motivo por el cual al haberse determinado que la responsabilidad civil por enfermedades profesionales es de naturaleza contractual, opino que resulta improcedente reclamar indemnización alguna por esta clase de daño en sede laboral, pues los jueces

nuestro.

49 CALDERÓN PUERTAS, Carlos. Daño a la Persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el Derecho Civil Peruano. Entrevista a Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, Lima: Motivensa, 2014, p. 293.

50 Ob. Cit. p. 64.

51 SOLÍS CÓRDOVA, Ob. Cit. p. 180.

52 CASTILLO FREYRE, Ob. Cit. p. 63.

53 SOLÍS CÓRDOVA, Ob. Cit. p. 181.

54 CASTILLO FREYRE, Ob. Cit. p. 66.

*de trabajo resultan incompetentes para conocer tal pretensión.*⁵⁵

Dicha tesis si lo extendemos a los AT, nos llevaría a concluir que el daño a la persona no sería indemnizable en esta clase de infortunios, por su naturaleza de responsabilidad contractual, pese a que este daño según Carlos FERNÁNDES SESSAREGO⁵⁶, debe repararse por sufrir (la persona) una lesión a su integridad psicosomática, lo que incluye los daños biológico o psicosomático, a la salud y al proyecto de vida -según anota Carlos CALDERÓN PUERTAS⁵⁷-, que evidentemente son afectados cuando una persona se accidenta en el trabajo, y como consecuencia de ello resulta incapacitada temporal o permanentemente.

Felizmente, desde la corriente monista y ecléctica –como hemos visto- surgirán voces que sugieren armonizar ambos regímenes a fin de cristalizar el principio restitutio in integrum cuando se presenten los AT, que requieren combinar las figuras y reglas de ambas responsabilidades o, por lo menos, considerarlas en vías paralelas, optimizando el principio tuitivo laboral en la protección de la víctima.

En efecto, Fernando de TRAZEGNIES GRANDA cuando nos pide que *consideremos los accidentes de trabajo, se pregunta también la responsabilidad del empleador, ¿es contractual o extracontractual?*⁵⁸, catalogándola como una de varias situaciones limítrofes. Dicho autor, hace un recuento de la mejor doctrina y jurisprudencia que justifican una cuidadosa articulación de reglas en paralelo de ambos sistemas, sin desnaturalizar por cierto sus instituciones configuradoras, a fin de resolver el caso concreto, y no tiene empacho en reconocer que, *aunque exista un contrato entre las partes, éstas pueden reclamarse también daños extracontractuales nacidos aparentemente dentro del seno de la ejecución de las prestaciones recíproca*⁵⁹, por ejemplo, el daño a la persona que pertenece al régimen de la responsabilidad extracontractual, inclusive hasta podríamos imaginar un evento dañoso en que la concausa sea una con ocasión contractual y la otra de naturaleza extracontractual.

Esta solución integradora no es reciente, viene desde los hermanos MAZEAUD quienes reconocieron *que es posible en ciertas circunstancias que la responsabilidad contractual y la extracontractual se presenten juntas*⁶⁰, y por tanto, se unan sus instituciones para una mejor tutela de la víctima, como así lo discernió la Corte de Casación Italiana en su ejecutoria de 10 de oc-

⁵⁵ AREVALO VELA, Javier. Ob. Cit. pp. 359 – 360.

⁵⁶ FERNÁNDES SESSAREGO, Carlos. Nuevas tendencias en el derecho de las Personas. Lima: U. de Lima, 1990, p. 280.

⁵⁷ Ob. Cit. p. 58. Lo puesto entre paréntesis es nuestro.

⁵⁸ Ob. Cit. t. II p. 449.

⁵⁹ Ibídem, p. 461.

⁶⁰ Ibídem, p. 462.

tubre de 1965, apréciese:

Esta Corte ha aceptado constantemente el concurso de la acción de responsabilidad contractual con aquella derivada de la responsabilidad extracontractual, cuando el hecho ilícito viola no sólo los derechos derivados del contrato, sino también los derechos que pertenecen al perjudicado independientemente del referido contrato. Y ésta es la razón por la que la eliminación de una acción por la otra no se encuentre justificada cuando el hecho ilícito, único en su génesis, constituye la violación de un derecho doble: aquel derecho amparado por el contrato y el que corresponde al deber general de no inferir daño a otro.⁶¹

Esta problemática de *zonas grises*, además, es advertida por Mario CASTILLO FREYRE cuando recuerda que, la *responsabilidad por accidentes de trabajo también es un campo abierto, y alecciona que podemos citar otros tantos en los que la línea que separa la responsabilidad contractual y a la extracontractual se torna borrosa; a saber: la responsabilidad civil por daños derivados de accidentes de tránsito, [...] del ejercicio profesional de la medicina, [...] de productos defectuosos, etc.*⁶²

Por su parte, Carlos CALDERÓN PUERTAS recomienda una interpretación psicológica, cuando se tenga que aplicar el daño a la persona en la Responsabilidad Contractual, pues, *el daño moral en el caso del artículo 1322 puede interpretarse como equivalente al de daño a la persona*⁶³, y se remite a la Exposición de Motivos:

El daño moral es el inferido en el derecho de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la efectividad que al de la realidad económica. Son en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquéllos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad; y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral, originan, además una pérdida pecuniaria.⁶⁴

Concluyendo que, *debe establecerse una nomenclatura común a fin de evitar distorsiones, por lo que el artículo 1322 en concordancia con el artículo 1985 del mismo Código, deben referirse al daño a la persona*, vale decir, que es válido aplicar extensivamente el daño a la persona a la responsabilidad contractual, no obstante que pertenece a la delictual, máxime si son de la misma naturale-

61 Ibídem, pp. 461 - 462.

62 Ob. Cit. p. 85.

63 Ob. Cit. p. 284.

64 Ibídem. p. 284.

za, ya que el daño moral es una especie del genero daño a la persona.

Por consiguiente, respondiendo a la cuestión, somos de la opinión que si es posible aplicar supletoria y extensivamente algunas reglas e instituciones jurídicas de la responsabilidad extracontractual a la contractual, optimizando los principios tuitivo laboral y *restitutio in integrum*, con la precisión que los magistrados deben justificar tal decisión con motivación reforzada y, tener sumo cuidado en tal operación integradora para el caso concreto, ya que no deben desnaturalizar las instituciones jurídicas diferenciadoras y constitutivas de la responsabilidad extracontractual.

Esta aporía, aparentemente, insuperable para los dualistas, se resolvería definitivamente cuando el Anteproyecto de Reforma del Código Civil se convierta en ley, ya que la propuesta del Artículo 1322, agrega lo siguiente: *El daño a la persona y el daño moral, cuando se hubieren irrogado, también son susceptibles de indemnización.* Cuya advertencia en su exposición de motivos, le da la razón al magistrado antes citado, constatemos:

La versión vigente del artículo 1322 reconoce la resarcibilidad del daño moral en la responsabilidad por inejecución de obligación, siendo que desde la perspectiva del legislador de 1984 dicha noción permitía el resarcimiento tanto del daño moral subjetivo, como de la lesión a los derechos de la personalidad incluyendo el derecho a la integridad física. No obstante, ello, en aras de mantener un tratamiento uniforme en la responsabilidad por inejecución de obligaciones y la responsabilidad extracontractual se ha optado por el incluir la voz daño a la persona, junto a la voz daño moral, la cual se plantea que tenga un alcance restringido a daño moral subjetivo.⁶⁵

Ahora, veamos la inquisición siguiente **¿En la responsabilidad contractual puede concurrir la responsabilidad objetiva o nunca?** Responder esta pregunta es clave para resolver varios casos de AT, en la que el trabajador se accidenta operando bienes riesgosos proporcionados por el empleador, u obedeciendo órdenes en la ejecución de actividades peligrosas, pese a que ambas partes de la relación laboral cumplieron con todos los protocolos, deberes y cuidados en la SST.

Al respecto, recordemos la Cas. N° 2248-98 (23.04.1999) que define magistradamente la responsabilidad objetiva, veamos:

Los progresos materiales han traído como contrapartida el creci-

⁶⁵ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Anteproyecto de reforma del Código Civil Peruano. Lima: Minjus, 2019, p. 227. Descargado de <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Anteproyecto-de-Reforma-al-C%C3%B3digo-Civil-Peruano-Legis.pe_.pdf>

miento de los riesgos que deben sufrir las personas y sus bienes, dando lugar a la doctrina de la responsabilidad por cosas riesgosas o actividades, en cuyo caso no es necesario determinar la culpa o el dolo del agente, el que responde solo por daños causados por cosas o actividades que se consideran como tales (...) la teoría del riesgo se funda en el principio qui sentit commodum sentire debet et imcommodum: "El que aprovecha de los medios que han causado un daño y obtiene sus ventajas, es de equidad que también sufra las consecuencias de tales daños". No será justo que uno se llevará los beneficios y otro los daños.⁶⁶

Los principios objetivo y subjetivo en la responsabilidad civil rigen para la extracontractual y también para la contractual, aun cuando esto parezca una herejía, pues DE TRAZEGNIES advierte que, *esta incomodidad para situar ciertos hechos dentro de la responsabilidad contractual o dentro de la responsabilidad extracontractual nos está mostrando fundamentalmente que el campo de la responsabilidad civil no está suficientemente bien sistematizada por la doctrina*⁶⁷, menos en la jurisprudencia y en la legislación.

Tanto así, que para Jaime ABANTO TORRES al estudiar los accidentes de tránsito consideró que, *la importancia del tema radica en que el accidente ya no es una simple circunstancia sino una categoría jurídica independiente, con consecuencias jurídicas propias, distinta de la responsabilidad por acto ilícito y de la responsabilidad contractual*.⁶⁸ Es decir, postula una fusión jurídica total en la regulación de tales eventos dañinos en la vida en relación. Tesis que apoya DE TRAZEGNIES cuando anota que, *todo ello parece indicarnos que quizás no estamos propiamente ante poblaciones de frontera sino ante una nación distinta dentro de la responsabilidad civil, que habita entre la contractual y la extracontractual, y que requiere que sea oficialmente reconocida: la nación de los accidentes*⁶⁹, y que naturalmente incluye a los AT.

Ello no obstante, si estudiamos la LSST, en ninguna parte regula ni por excepción, la posibilidad de considerar la responsabilidad objetiva para ciertos eventos dañosos en la relación laboral. En cuanto, a la jurisprudencia⁷⁰ de la Corte Suprema (CS) en la última década, empezó estableciendo

66 Citado por ABANTO TORRES, Jaime La responsabilidad civil por accidentes de tránsito en la jurisprudencia. En la Revista Diálogo con la Jurisprudencia N° 155, Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 53. Descargado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/125/2014/09/20130526-08_rjp_dialogo_155_-civil_pat.pdf>

67 Ob. Cit. t. II, p. 464

68 Ob. Cit. pp. 51 – 52.

69 Ob. Cit. t. II, p. 465. (Lo destacado es nuestro)

70 *Lo más llamativo es constatar que la Jurisprudencia nacional haya ido apartándose sostenidamente de las normas del Código Civil para establecer la responsabilidad del empleador frente a los accidentes de trabajo. Así lo vemos en las CAS. 6230-2014 - LA LIBERTAD (valoración de la transacción extrajudicial distinta a las*

presunciones judiciales de facilitación probatoria a favor del trabajador, gracias a la actualizada regulación procesal de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo⁷¹ (NLPT), para luego adoptar la inédita postura contractual *cuasi objetivista*, como vamos a ver a continuación, ya que si la jurisprudencia se hubiese estacionado en la presunción *iuris tantum*, bastaría que el empleador la desvirtúe probando que cumplió con todas sus obligaciones y garantías de prevención y seguridad. Por ello, la responsabilidad *cuasi objetiva* en el AT introducida por el VI Pleno Supremo Laboral, es clave en la optimización del principio protector laboral, lo otro es que el empleador se lleve los beneficios y el trabajador los daños, pese a que el primero introdujo un bien riesgoso o actividad peligrosa en el centro de trabajo.

También, es el caso del transportista en relación contractual con el transportado y que legalmente asume la obligación de seguridad, según DE TRAZEGNIES, a saber:

La responsabilidad contractual está sujeta a la probanza de la culpa (con carga invertida): el transportista puede liberarse de la responsabilidad de no haber transportado al pasajero al lugar convenido demostrando que no tuvo culpa alguna en el accidente que interrumpió el viaje. Pero, en cambio, aun cuando no haya tenido culpa, ese transportista responderá extracontractualmente, con carácter objetivo, por los daños sufridos por el pasajero en el accidente, [...] En otras palabras, la razón de la indemnización no es la existencia de un contrato incumplido, haya tal contrato o no entre las partes, sino la presencia de un daño que debe ser reparado.⁷²

En efecto, la Casación N° 2890-2013 ICA cuyo ponente fue el Juez Carlos CALDERÓN PUERTAS, también nos explica en igual sentido veamos:

Séptimo.- Que, siendo un supuesto de responsabilidad objetiva, expresiones como "no hay culpa del autor del daño" (sentencia de vista, considerando 9.6) no es atinada porque ella implicaría asumir que

normas del Código Civil), CAS. 14158-2017 - CALLAO (caso fortuito en accidente de trabajo no libera de responsabilidad al empleador, como sí lo haría el Código Civil); o la misma CAS. LAB. N° 4258-2016 - LIMA, doctrina jurisprudencial de obligatorio cumplimiento que da por incumplido el deber de prevención comprobado el daño por accidente de trabajo; y que deja de aplicar elementos típicos previstos en el Código Civil para la responsabilidad civil contractual, como la estricta relación causal y el factor de atribución. VÁSQUEZ CONCHA, Jorge. Ob. Cit. p. s/n.

71 V. gr. Véase el primer párrafo del artículo 23.5 de la NLPT que incluye la prueba por indicios y la presunción judicial, a saber: En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

72 Ibídem, p. 464.

el factor de atribución es la culpa. Hay que recordar aquí que **en el caso de responsabilidad objetiva es irrelevante saber si el agente que ocasionó el daño lo hizo de manera dolosa o negligente, pues la imputación que se le hace es por haber incrementado el riesgo en la vida en relación.**⁷³

Entonces, la base de la responsabilidad del empleador en el AT que sufre su trabajador, será la responsabilidad objetiva, luego ascenderá con la responsabilidad subjetiva a culpa leve, inexcusable, y en su máxima gravedad de atribución estará el dolo, siempre que se trate del uso de bienes riesgosos y actividades peligrosas impuestas por el empleador en la ejecución de los trabajos, incluso estos niveles de responsabilidad subjetiva/objetiva articulada, bien puede servir para graduar la indemnización por daño a la persona y moral, por ejemplo. En consecuencia, es posible que en la responsabilidad contractual concurran ciertas instituciones y reglas de la responsabilidad extracontractual, como la responsabilidad objetiva por riesgo (arts. 1970 - 1978), responsabilidad vicaria (art. 1981), responsabilidad solidaria (art. 1983), criterios de valoración del daño moral (art. 1984) y el daño a la persona (art. 1985).

Todos ellos, ciertamente, en lo que resulten aplicables, de acuerdo al caso concreto, con la debida justificación de congruencia, pertinencia e idoneidad en su aplicación extensiva y supletoria en la tutela jurisdiccional de la víctima en relación contractual laboral, inclusive con la exigencia que tal operación integradora sea sometida al test de razonabilidad y proporcionalidad; pues, en expresiones de Pierre de Harven citado por Mario CASTILLO FREYRE, dejar que (bienes riesgosos y actividades peligrosas) destrocen a los hombres más débiles, y no buscar caminos de reparación, es barbarie pragmática; brindar a las víctimas pleitos enrevesados y echar sobre ellas la carga de la prueba, es [...] hipocresía; allanar las vías del resarcimiento, preocuparse de las víctimas antes que de la fuerza agresora, cargar al progreso material los inconvenientes y el costo del mismo progreso, y arbitrar, en fin, mecanismos jurídicos para hacer tolerable el gravamen, es piedad, justicia y sentido práctico.⁷⁴

Finalmente, nos preguntamos **¿la responsabilidad de prevención y protección en la SST del empleador implica una obligación de medio o de resultado?** como es común en el terreno jurídico cuando los conflictos de interés del intérprete son evidentes, vamos a encontrar divergencias entre los estudiosos del tema en cuestión. Así, unos consideran que dicha obligación es de medio (pro empleador) y otros de resultado (pro trabajador),

⁷³ Lo destacado es nuestro. Descargado de <https://lpderecho.pe/cuantificacion-del-dano-moral-cacion-2890-2013-ica/?utm_source=onesignal&utm_medium=web-push>

⁷⁴ Ob. Cit. p. 73. Lo puesto entre paréntesis es nuestro.

en el primer grupo tenemos a André COSSIO PERALTA⁷⁵ y Claudia ORDOÑEZ ESCOBEDO⁷⁶; en el segundo a Jorge VÁSQUEZ CONCHA⁷⁷.

Los argumentos de quienes defienden la tesis de la obligación de medio en la SST, se centran en:

[...] consideramos que la actual normativa sobre seguridad y salud en el trabajo peruana —en particular sobre la atribución de responsabilidad— ha estructurado la obligación del deber general de prevención como una obligación de medios y no de resultados, toda vez que la atribución de responsabilidad no responde a un esquema de responsabilidad objetiva en los términos previstos en el artículo 1970° del Código Civil, vale decir, que ante la ocurrencia de un daño a la salud de los trabajadores, el empleador sea considerado inmediatamente responsable por dicho daño. Por el contrario, en el ámbito de la LSST, nos encontramos ante un esquema de responsabilidad contractual por el incumplimiento de obligaciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo y, por ende, la disposición contenida en el artículo 94° del RLSST debe leerse conjuntamente con lo previsto en el artículo 1321° del Código Civil, en virtud del cual sólo quedará sujeto al pago de la indemnización por daños y perjuicios, en cuanto dichos daños sean consecuencia inmediata y directa de la in ejecución de una obligación contractual.

Por consiguiente, de no acreditarse: (i) el incumplimiento de la obligación en SST por parte del empleador; o, (ii) el nexo causal entre dicho incumplimiento y el AT [...] ; el empleador deberá quedar exonerado de cualquier tipo de responsabilidad por los daños y perjuicios generados a un trabajador raíz de un AT [...].⁷⁸

Cabe agregar que, Claudia ORDOÑEZ sólo admite aplicar la teoría objetiva en actividades altamente peligrosas, sin indicarnos cuáles serían, a saber:

En ese sentido, a través de la jurisprudencia se han emitido argu-

⁷⁵ COSSIO PERALTA, André J. La indemnización por daños y perjuicios en los casos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales ¿es posible exonerar de responsabilidad al empleador? Lima: Pólemos portal jurídico interdisciplinario, 2017. Descargado de <<https://polemos.pe/la-indemnizacion-danos-perjuicios-los-casos-accidentes-trabajo-enfermedades-profesionales-possible-exonerar-responsabilidad-al-empleador/>>

⁷⁶ ORDOÑEZ ESCOBEDO, Claudia. La determinación de la responsabilidad patrimonial del empleador ante accidentes de trabajo. Tesis de segunda especialidad en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Lima: PUCP, 2019. Descargado de <<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16046>>

⁷⁷ VÁSQUEZ CONCHA, Jorge. Ob. Cit. p. s/n.

⁷⁸ COSSIO PERALTA, André. Ob. Cit. p. s/n.

mentos donde se acuerda la aplicación de una u otra teoría de responsabilidad; sin embargo, considero que ninguna de estas dos se deberían aplicar per se, puesto que: 1. Objetiva: hay una sobreprotección al trabajador, donde no cabe un supuesto de exoneración del empleador, toda vez que cualquier accidente ocurrido en el centro de trabajo implicaría un resarcimiento. Por lo que, no debería considerarse como una regla general, sino en casos excepcionales, por ejemplo, las actividades ultra peligrosas.⁷⁹

Sin embargo, la tesis opuesta esgrime el fundamento de complementariedad, siguiente:

Ni legal ni razonablemente, podríamos argumentar que el empleador pueda trasladar los riesgos que él mismo crea en el centro de trabajo — o fuera de él, bajo subordinación— al propio trabajador. Por ello es de su interés minimizar razonablemente todos los riesgos que genera y asumir responsablemente el riesgo residual o remanente; pero en ningún caso debería trasladárselo al trabajador. Esa es su obligación de medios. Pero también tiene una obligación de resultados, que no es incompatible sino complementaria. Desde que el empleador es deudor y garante de la Seguridad y Salud de sus trabajadores y de todo aquel que se encuentre bajo su control dentro del lugar de trabajo, estamos frente a una obligación de resultados que genera un tipo de responsabilidad económica para el empleador de acuerdo con el mencionado Principio de Responsabilidad.

Comprender esta doble obligación es clave para aclarar y resolver los conflictos generados sobre la responsabilidad del empleador frente a los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales. Asignar únicamente una obligación de medios nos conduce inevitablemente al formalismo, al documentalismo; pero no a la Prevención. Tendríamos más cuidado y aprecio por los documentos formales que por las personas; y eso es un sinsentido. Las muertes por accidentes de trabajo las explicaremos a través del azar, de la imprudencia y no alentaremos el esfuerzo preventivo que confina el azar y combate la imprudencia. No deberíamos caer en la tentación de minimizar la importancia del esfuerzo preventivo y las actuaciones formales en SST, como tampoco pensar que con ellos ya estamos cumplidos y a salvo. El deber de prevención no solo tiene que ser eficiente (obligación de medios) sino que fundamentalmente debe ser eficaz (obligación de resultados).⁸⁰

⁷⁹ ORDOÑEZ ESCOBEDO, Ob. Cit. p. 24.

⁸⁰ VÁSQUEZ CONCHA, Jorge. Ob. Cit. p. s/n

Antes bien, recurramos a Yuri VEGA MERE para que nos explique: las obligaciones de medio, el deudor solo se encuentra obligado a desplegar *cierta actividad, sería aplicable la responsabilidad por culpa (el deudor no es responsable si se ha comportado de forma diligente); mientras en las obligaciones de resultado, al ser lo debido un resultado concreto, se aplicaría la responsabilidad objetiva (la diligencia empleada devendría en irrelevante porque se debe un resultado específico, no una sola actividad)*.⁸¹

Así las cosas, lo cierto es que al estar la Responsabilidad Contractual regida por el principio subjetivo en nuestro CC, entonces, solo cabe aplicar las obligaciones de medio, *salvo que lo contrario, esto es, las obligaciones de resultado esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación* (contrato) según su artículo 1317, sobre lo primero, no tenemos regla que taxativamente establezca que el deber del empleador de diligencia debida, cuidado, prevención y seguridad de la vida y salud del trabajador durante sus labores sea una obligación de resultado, menos aún imaginamos un contrato de trabajo que por escrito ello estipule.

Entonces, si nos quedamos en la literalidad de la norma y caemos en el error de aplicar mecánicamente las normas civiles al Derecho Laboral de Daños, cuando aquellas han sido concebidas en una equiparación de igualdad sinalgámática de las partes contratantes, que no es el caso del contrato de trabajo que –como es sabido- une a un contratante débil con uno fuerte en una relación de poder, por lo que la autonomía de la voluntad está limitada, evidentemente, vamos a violentar el principio protector en la tutela de los derechos del trabajador en la SST. Pues, llegaríamos al absurdo de eximir de responsabilidad al patrono, pese a que su operario perdió la vida o quedó invalido por un AT, cuando fue el empleador el que creó o incrementó el riesgo, pero demostró que actuó con la diligencia ordinaria en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la LSST, por tanto, es común en estos caso que el empleador pida al Juez que aplique el artículo 1314 del CC⁸², o también aducen que el evento dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por lo que estarían exentos de responsabilidad, como vamos a ver al estudiar los criterios casacionales.

Por ende, somos de la opinión que, el deber de garantía que tiene el empleador al celebrar un contrato de trabajo con el trabajador es que por ninguna motivo o circunstancia, este pierda la vida o se incapacite a causa o con ocasión del trabajo, subsecuentemente, tal cuidado de indemnidad psi-

81 VEGA MERE, Yuri. Artículo 1317º Daños y perjuicios por inejecución no imputable. En: SOTO COAGUILA, Carlos Director, VV. AA. Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil. Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 114 – 115.

82 Artículo 1314º.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso

cosomática de sus colaboradores, implica necesariamente una **obligación de resultado**, esto es, asumir cierta responsabilidad objetiva. Sin embargo, se nos dirá que esta regla no existe, es verdad, pero también lo es que el principio tuitivo consagrado en el artículo 23 de la Constitución⁸³, indicará a los jueces que enfrentan un vacío normativo, y por tanto, su artículo 139.8 los habilita a crear Derecho⁸⁴, conforme así ha procedido la CS en el VI Pleno Supremo Laboral, Tema 1.

En conclusión, la naturaleza jurídica del deber de protección del empleador como garante de la vida, la salud y bienestar del trabajador y la responsabilidad que este asume frente a los AT consagrado como principios en la LSST⁸⁵, no sólo debe enmarcarse en la responsabilidad civil contractual, sino también en la extracontractual objetiva, ya que dicha obligación es de resultado, y la falta de norma expresa como tal no es óbice para que la jurisprudencia llene el vacío.

3. Análisis de tres casaciones y pleno supremo sobre accidentes de trabajo

A continuación estudiaremos las Casaciones Nos. 1225-2015 Lima, 4258-2016 Lima, 10491-2015 Junín y el Tema 1 del VI Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, identificando los parámetros comunes establecidos por las altas cortes a fin de evaluar su coherencia en cuanto a los criterios de justicia empleados, con los principios y fundamentos del sistema jurídico peruano de la responsabilidad civil y la naturaleza jurídica de los deberes del empleador ante los accidentes de trabajo que hemos establecido, precedentemente, como parte del Derecho de Daños Laboral.

⁸³ Artículo 23.- El Estado y el Trabajo El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

⁸⁴ El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

⁸⁵ I. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral.

II. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes.

IX. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN Los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua. Dichas condiciones deben propender a: a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable. b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores.

3.1. Casación No. 1225-2015 Lima⁸⁶ (07.04.2016)

En este caso, un trabajador de construcción civil, al cargar un balde lleno de mezcla de concreto de 40 kilos aproximadamente, pierde el equilibrio por algún atasco en el piso y se accidenta sufriendo daño físico, diagnosticándosele "Lumbalgia Severa Post Esfuerzo", según el Informe Médico, adquiriendo una incapacidad parcial permanente. La sentencia de primera instancia declara fundada la demanda por lucro cesante y daño moral, confirmada por la Sala Laboral, por lo que la demandada interpuso recurso de casación por infracción normativa de los artículos 1314º, 1321º y 1331º del Código Civil⁸⁷, entre otras normas reglamentarias. La CS invierte la carga de la prueba a favor del trabajador, apartándose de la regla civil que indica lo contrario, aplicando los artículos 23.4.a) y -se infiere la aplicación también del- 23.3.c) de la NLPT⁸⁸, esto es, que la empresa debió probar que actuó con diligencia debida y cumplió sus obligaciones en SST, y como no lo hizo, se tuvo por cierto el dicho del trabajador, ya que para este le bastaba acreditar el daño irrogado a su integridad personal, vale decir, el hecho base sobre el cual el juzgador podrá construir la inferencia presuntiva.

Respecto al lucro cesante demandado, el juez de primera instancia ampara utilizando el conocido criterio de cuantificación siguiente:

Primero.- [...]

v) [...] atendiendo a que la invalidez del actor aunque sea parcial es de carácter permanente, surge la necesidad de reconocerle la percepción de remuneración hasta los cincuenta años de edad, es decir por quince años, toda vez que a la fecha el actor cuenta con treinta y cinco años de edad, a razón del importe de trescientos setenta y cinco nuevos soles (S/ 375.00) mensuales; los que multiplicados por

86 Descargado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f5381f004fa9f1ca9722b73c2e1079b4/Resolucion_1225-2015.pdf?MOD=AJPRES&CACHEID=f5381f004fa9f1ca9722b73c2e1079b4>

87 Artículo 1314º.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la in ejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Artículo 1321º.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la in ejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal in ejecución. Si la in ejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Artículo 1331º.- La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la in ejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

88 23.4 De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad.

23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de: c) La existencia del daño alegado.

el tiempo de quince años, determinan el importe total que debe abonar la demandada a favor del actor que asciende a sesenta y siete mil quinientos con 00/100 nuevos soles (S/ 67,500.00).

Parámetro de liquidación que fue confirmada por la Sala Laboral y, validada por la CS en el octavo fundamento, literal c, de la Casación en comento, al razonar que: *en cuanto al lucro cesante toda vez que los Jueces de mérito han utilizado referencias objetivas como la de la 'remuneración mínima vital', pensión de invalidez y el plazo razonable del periodo a percibir, para cuantificar el daño con criterio también equitativo.*

Hacemos esta disquisición, con el ánimo de conocer sus orígenes en la jurisprudencia comparada, por lo que traemos a colación que esta pauta de equidad ha sido registrada, de antigua en la justicia italiana conocida como la "regla del zapatero", tal como nos informa Carlos AGURTO GONZÁLES y Sonia QUEQUEJANA MAMANI, *"un zapatero, por ejemplo, fabrica dos zapatos y cuarto al día, ustedes han debilitado su mano que, por lo tanto, no logra fabricar sino un solo zapato, ustedes le deben el valor correspondiente a la hechura de un zapato y cuarto multiplicado por el número de días que le quedan, menos los días festivos"*⁸⁹. Luego, Carlos CALDERÓN PUERTAS recuerda que la justicia italiana lo actualizó, en el sentido siguiente:

Aserto que, finalmente, quedó modificado en virtud de la Plenaria de la Corte Suprema de Casación (decisión 1656 del 28 de junio de 1950) de la siguiente forma: rédito anual multiplicado por el coeficiente de capitalización relativo a la edad de la víctima, a su vez multiplicado por el porcentaje de invalidez permanente derivada de la lesión personal, menos 10 o 20% dada la diferencia de duración entre la vida física y la vida profesional.⁹⁰

En conclusión, con esta casación la CS avanza en la protección del trabajador desde lo procesal mediante la mencionada inversión de la carga de la prueba, y con la casación que estudiaremos a continuación, desde lo sustantivo alcanza la cúspide tuitiva con la responsabilidad cuasi objetiva del empleador.

3.2. Casación No. 4258-2016 Lima⁹¹ (30.09.2016)

Se trató de un caso en que, el trabajador era conductor de un bus asignado por su empleador, que colisionó con un tercero, causándole el AT. Debido a este hecho dañoso aquel pide que su empleador le indemnice por daño

⁸⁹ CALDERÓN PUERTAS, Carlos. Ob. Cit. p. 44.

90 Ibídem.

91 Descargado de <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ace3ba0043f83e6e97aeb7009dc-def12/4258-2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ace3ba0043f83e6e97aeb7009dcdef12>>

emergente, lucro cesante y daño moral.

El juez de primera instancia declara infundada la demanda, porque estaría *acreditado que el accidente de trabajo no fue causado por negligencia o incumplimiento de las obligaciones legales de la empresa demandada, sino por un tercero al haber actuado de manera negligente* (7º Fj. b). La sala laboral revoca la sentencia y declara fundada la demanda en parte, por cuanto, *estando a que la actividad desarrollada es riesgosa per se, la responsabilidad por riesgo debe ser asumida por el empleador teniendo en cuenta los factores atenuantes* (7ºFj. c). Motivo por el cual, la empresa recurre en casación alegando la interpretación errónea del artículo 53 de la LSST.⁹²

Como podrá apreciarse, la Sala superior ante la imposibilidad de establecer responsabilidad civil contractual al patrono, ya que el artículo 53 ha sido configurado conforme al principio subjetivo de culpa, la Sentencia de Vista aplicó el artículo 1970 del CC⁹³, precisamente por cuanto las instancias de mérito llegaron a la conclusión que *el accidente de trabajo no fue causado por negligencia o incumplimiento de las obligaciones legales de la empresa demandada, sino por un tercero al haber actuado de manera negligente*. Pues, recordemos que dicho artículo 53 de la LSST contiene dos reglas, veamos:

- 1) El **incumplimiento** del empleador del deber de prevención **genera** la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.
- 2) Interpretación contrario sensu.- El **cumplimiento** del empleador del deber de prevención, **no genera** la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

Entonces, lo que habría estado reclamando la empresa demandada era que estaba libre de culpa por haber cumplido su deber de prevención, y que el evento dañoso lo causó un tercero, por tanto, se le exima de responsabilidad interpretando y aplicando debidamente la segunda regla implícita del citado artículo 53. De ahí, su pretensión *casatoria de interpretación errónea*.

Por ello, la Sala de segunda instancia aplica –se infiere– al empleador, extensiva y supletoriamente, la responsabilidad objetiva por el solo hecho de

⁹² Artículo 53.- Indemnización por daños a la salud en el trabajo: El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. [...]

⁹³ Artículo 1970.- Responsabilidad por riesgo

Aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

éste de haber puesto un bien riesgoso bajo la conducción del trabajador, asumiendo responsabilidad solidaria con el tercero que colisionó el vehículo de la empresa y accidentó al conductor -su trabajador accionante-, conforme al artículo 1983 del CC⁹⁴.

Por su parte, la Segunda Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, no casa dicha sentencia de vista y declara infundado el recurso de casación, adoptando la tesis subjetiva/objetiva de la Responsabilidad Civil articulada (8º.7 Fj.) para resolver el caso, sin mencionarlo explícitamente, pero se infiere del fundamento siguiente:

Según esta teoría el empleador, como consecuencia del contrato de trabajo, es deudor de la seguridad del trabajador, por tal motivo todo accidente laboral que esta sufra siempre le será atribuible, pues, existe una presunción de culpa patronal. Esta teoría asume el principio de inversión de carga de la prueba, por ello el trabajador no tiene que demostrar la culpa de su patrono, le basta probar la relación y el daño sufrido, mientras que el empleador sólo podrá liberarse de responsabilidad si logra demostrar su irresponsabilidad por el daño, que el mismo obedeció a un caso fortuito o que fue producto de un factor ajeno al contrato de trabajo.

Como se podrá apreciar, la CS argumenta cierta presunción judicial, que como se sabe acepta prueba en contrario, y cuando admite algunas causas eximentes de responsabilidad estas no son de la responsabilidad contractual, entre otras, las que alude el artículo 1314 (diligencia ordinaria) sino las del artículo 1972 (caso fortuito), es por ello que establece como precedente vinculante la posibilidad de aplicar la responsabilidad objetiva, al indicar el verdadero sentido y alcance interpretativo del artículo 53º en cuestión, veamos:

Noveno.- Interpretación de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria.

De conformidad con los Principios de Prevención y de Responsabilidad, contemplados en los Artículos I y II del Título Preliminar de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, establece que la interpretación correcta

⁹⁴ Artículo 1983.- Responsabilidad solidaria

Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

del artículo 53º de la Ley antes mencionada es la siguiente;

"Probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención, hecho que genera la obligación patronal de pagar a la víctima o sus derechohabientes una indemnización que será fijada por el juez conforme al artículo 1332º del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas documentales o periciales sobre el valor del mismo"

Es por ello que, para Jorge VÁSQUEZ CONCHA, dicha jurisprudencia nos propone un nuevo Sistema de Responsabilidad Laboral del Empleador por Accidentes de Trabajo de tipo cuasiobjetiva, que buscaría emanciparse de las normas del Código Civil que tienen una finalidad distinta. El deber indemnizatorio del empleador estaría circunscrito únicamente a: 1) la definición de Accidente de Trabajo; 2) la verificación del daño y; 3) el nexo causal (directo o indirecto).⁹⁵ Dicha nueva teoría cuasi objetiva, según Claudia ORDOÑEZ, vendría de la jurisprudencia española⁹⁶, la cual se fundamenta en tres aspectos: 1. Se debe exigir al empleador una conducta que agote al máximo la diligencia, debiendo demostrar haber cumplido con sus deberes genéricos y específicos. 2. Debe haber una inversión de la carga de la prueba, debiendo entenderse la culpabilidad del empleador iuris tantum. 3. En el caso que hubiese concurrencia de conductas, esto no implica la exoneración de responsabilidad del empleador, sino supone la moderación del monto indemnizatorio que deberá pagar el empleador.

Sin embargo, al poco tiempo viene la Casación Laboral N° 18190-2016 Lima, que se aparta de dicha pauta cuasi objetivista, y retoma la postura subjetivista:

Decimo: [...] si bien se trata de un proceso laboral, también lo es que al tratarse de un accidente de trabajo por responsabilidad contractual se está aplicando supletoriamente las normas del Código Civil, por lo que corresponde que el actor demuestre el daño sufrido y la negligencia de la demandada por el incumplimiento de sus obligaciones, conforme lo establece el artículo 1330º del Código Civil, probado estos hechos se podrá determinar el quantum indemnizatorio [...] se puede concluir que pese a haberse acreditado el acci-

95 VÁSQUEZ CONCHA, Ob. Cit. p. s/n.

96 [L]a Sentencia del Tribunal Supremo Español, STS 5606/2007, Sala Cuarta de lo Social, de 12 de julio de 2007, nos encamina a reflexionar lo siguiente: "La imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, (...) entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo". Podemos concluir al leer este texto que el empleador debe proteger al trabajador hasta de su propia imprudencia no temeraria o imprudencia profesional; no eximiéndose su responsabilidad. Ibídem.

dente de trabajo no se puede imputar a la demandada una conducta antijurídica cuando ésta no ha sido probada, es decir, el demandante no ha acreditado en autos la supuesta negligencia de la emplazada [...]⁹⁷

Motivo por el cual, advino el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, a fin de unificar criterios en la CS, siendo la casación en comento su precedente.

3.3. Casación No. 10491-2015 Junín⁹⁸ (02.11.2016)

Trata sobre el accidente de trabajo que sufrió el trabajador al caer de una altura de diez metros que le causó paraplejia, vejiga neurogénica e incapacidad permanente total, sin embargo, el juez de primera instancia declaró infundada su demanda indemnizatoria arguyendo que la culpa fue de aquél. Dicha sentencia fue confirmada por la 2da. Sala Mixta de Huancayo –dejamos constancia que el autor no formaba parte de dicho colegiado- en razón a que la empresa habría cumplido con entregar los implementos de seguridad, capacitarlo y, pese a ello el actor habría sido negligente al no usar adecuadamente los implementos de seguridad entregados, por lo que confirmó la apelada.

Esta sentencia, es la antesala del pleno supremo que a continuación estudiaremos, ya que resuelve el caso desde un enfoque de la responsabilidad objetiva, al considerar que el empleador al ordenar que el trabajador subordinado realice una actividad peligrosa está incrementando el riesgo de causar el AT, entonces, no necesariamente debe analizarse los factores de atribución sino también los factores de riesgo en su producción, estimemos:

Se considera factor de riesgo de un determinado tipo de daño aquella condición de trabajo, que, cuando está presente, incrementa la probabilidad de la aparición del daño. De esta manera, visto desde la perspectiva del daño ya producido, los factores de riesgo emergen como causas en la investigación de los accidentes de trabajo. En suma, factores de riesgo son las condiciones de trabajo potencialmente peligrosas que pueden suponer un riesgo para la salud.⁹⁹

Ahora bien, la CS llega a la conclusión que la demandada no ha acreditado haber entregado los implementos de seguridad el día de los hechos,

⁹⁷ Descargado de <<https://lpderecho.pe/cas-lab-18190-2016-lima-negligencia-empleador-accidentes-trabajo-probarse/>>

⁹⁸ Descargado de <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/06/Cas.Lab._-10491-2015-Jun%C3%ADn-Legis.pe_.pdf>

⁹⁹ Considerativa octava, literal b), párrafo final.

además, de la relación que presenta respecto a una entrega anterior de dichos implementos, se evidencia que era incompleta, por lo que se habría producido una combinación de factores subjetivo (culpa del empleador) y objetivo (riesgo creado) desencadenante del AT, menos aún acreditó que supervisó si el trabajador ponía en práctica los conocimiento impartidos, por lo que la empresa incurrió en negligencia grave y culpa inexcusable al incumplir sus obligaciones de SST, apreciamos la argumentación:

[...] si la forma de realizar el trabajo de 'Mantenimiento de Redes de Media Tensión, Sub Estaciones de Distribución, Generación y Transmisión, Redes de Baja tensión y Alumbrado Público en la zona de concesión de Electrocentro', según se estipula en el contrato de trabajo [...], era sin las condiciones mínimas de seguridad, a una actividad riesgosa por naturaleza, como es la actividad de instalaciones eléctricas en general, se incrementó innecesariamente el riesgo del trabajador por culpa del empleador, lo que constituye el denominado 'factor de riesgo', al no prevenir la posibilidad cierta de que pueda sufrir un daño en la salud, por tanto quien asumió e incrementó de modo evidente el riesgo laboral fue el empleador, quien ahora debe responder conforme al artículo III del Título Preliminar del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 009- 2005-TR.¹⁰⁰

Cabe agregar que, esta sentencia contiene la novedad de someter al control de convencionalidad la controversia, y aplica la Decisión 584, instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su Reglamento, Resolución N° 9579, normas supranacionales de la CAN suscritas por el Perú, y por tanto, parte de nuestro Derecho interno.

Finalmente, esta sentencia casatoria ampara el daño psíquico, biológico y al proyecto de vida comprendidas en el daño a la persona, esto es, aplica extensiva y supletoriamente este daño que aparece en la Responsabilidad Extracontractual a la Contractual, o también, podemos decir que interpreta que el daño moral a que alude el artículo 1322 del CC, también comprende al daño a la persona, según una interpretación psicológica atendiendo a su exposición de motivos, conforme recomienda *supra* Carlos CALDERÓN PUERTAS. Por último, establece S/ 600,000.00 como indemnización por el daño a la persona, que engloban el daño moral, daño biológico, daño psíquico y al proyecto de vida, según lo pretendido en su demanda.

Como podrán haberse dado cuenta, la CS valora pruebas no obstante que cierta doctrina recusa que tal actuar desnaturaliza los fines de la Casación,

100 Fundamento noveno, Literal g).

empero, a nuestro criterio ello no es así, cuando la Sala Suprema actúa en sede de instancia, esto es, como Sala Superior, así lo hemos manifestado en un estudio anterior, a saber:

[...] la jurisprudencia colombiana [...] hace referencia a los falsos juicios de identidad, existencia¹⁰¹ por omisión y suposición [...], y raciocinio [...], que puedan cometer las instancias de mérito, al momento de valorar las pruebas, como causales adicionales del control casatorio, considerados errores en el juicio probatorio.¹⁰²

En ese sentido, estamos de acuerdo con Martín HURTADO REYES cuando concluye que:

11. En casación no se encuentran absolutamente vedados los temas probatorios. Aunque se debe indicar que se trata de una actividad excepcional, pues la prueba [...] está básicamente reservada para los jueces de instancia [...]

14. No es absoluta ni rígida la regla de que el juez de casación no puede valorar los medios de prueba, lo puede hacer excepcionalmente, cuando destruye la decisión y le corresponde actuar "en sede de instancia", lo que lo convierte sólo en este único supuesto como juez resolutor y no propiamente controlador de la buena aplicación (d)el derecho.¹⁰³

Sobre el control de los hechos en la Corte de Casación, la sentencia en comentario es un claro ejemplo de tal actividad, como sucedió en el presente caso, en que la CS nulifica la sentencia de vista arbitraria por omitir valorar pruebas, y estimar erróneamente las que valoró, en la calificación jurídica y fijación de los hechos probados, y en sede de instancia impartir justicia al caso concreto (el polémico fin dikelógico).

3.4. Tema 1 del VI Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral (p. 21.12.2017)

Finalmente, este Pleno también adopta el criterio referido a que los AT causa la responsabilidad contractual del empleador (Fj. 1.5, primer pf.).

101 "El error de hecho por falso juicio de existencia en la modalidad de omisión tiene ocurrencia cuando el medio de prueba es pretermitido por el sentenciador a pesar de existir materialmente en el proceso y, en la de suposición, frente al supuesto contrario, esto es, cuando el juzgador lo idea o crea, pues no existe físicamente en el mismo" (Sala de Casación Penal de la CSJC, Auto del 5 de febrero de 2007, emitido en el Proceso N° 26508).

102 CORRALES MELGAREJO, Ricardo. El juicio probatorio en el proceso laboral. En: Revista Soluciones Laborales N° 126, Lima: Gaceta Jurídica, JUNIO 2018, p. 55.

103 HURTADO REYES, Martín. La Casación Civil. Una aproximación al control de los hechos. Lima: Idemsa, 2012, p. 496 – 497.

cuando incumple su deber de prevención, incluyéndolo en la responsabilidad civil subjetiva, empero, matizó el avance jurisprudencial de la inversión de la carga procesal a favor del trabajador, por una obligación probatoria de ambas partes de la relación laboral. Tanto así, que si el trabajador damnificado no prueba que el empleador actuó con dolo o culpa inexcusable en la producción del daño y, el patrono *no logró acreditar que actuó con la diligencia debida se aplicará la presunción del artículo 1329 del Código Civil*¹⁰⁴, es decir la culpa leve, a fin de atribuir responsabilidad al empleador (Fj. 1.4.3, pf. final). Sin embargo, acuerda: **El empleador, como garante de la seguridad y salud en el trabajo, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o la salud del trabajador. [...]**

Es decir, se establece una regla general que no tiene relación con la motivación, pues, como hemos visto en su fundamentación se indica que no siempre el empleador será responsable por los AT, si acredita que actuó con la diligencia debida cumpliendo su deber de prevención, y si tampoco el trabajador logra probar que aquél no ejecutó tal obligación, o lo hizo de modo parcial, tardío o defectuoso. Máxime si, nuestro Código Civil ha previsto causales eximentes de la responsabilidad civil, incluso en los riesgos objetivos.

Sin embargo, lo cierto es que la regla jurisprudencial es precisa y no admite excepciones, ya que extiende la responsabilidad del empleador en todos los casos de AT, lo que supone que independientemente que haya existido culpa o no, basta su condición de garante de la seguridad y salud del trabajador, para que responda por los daños sufridos por este en un AT. Es por ello, los autores que han estudiado este pleno, precedentemente, citados, opinan que la CS –con efecto vinculante para los jueces de la República- ha asumido una posición de responsabilidad *cuasi objetiva* del empleador.

Ello no obstante, consideramos que en futuras sentencias casatorias sobre AT, la CS refuerce su motivación, pues, como hemos demostrado supra, la mejor doctrina civilista nos presenta sólidos argumentos para aplicar, excepcionalmente, la responsabilidad objetiva, para ciertos casos de AT.

Sin perjuicio de lo anterior, somos de la opinión que el juez de instancia profundice la justificación de su decisión, no sólo aplicando a secas dicho parámetro plenario jurisdiccional, sino también actuando –de oficio si fuera el caso- la prueba por indicios prevista en el artículo 23.5 de la NLPT¹⁰⁵,

104 Presunción de la culpa leve del deudor

Artículo 1329º.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

105 En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo, por cierto, salvo que el demandado

siempre que el trabajador acredite la existencia del daño alegado según su artículo 23.3.c), que será el hecho base y enlazado con la regla de la experiencia referida a que, por lo general se producen los AT (admité excepciones) cuando el empleador falta a su deber de prevención, entonces, el juzgador presumirá que incumplió tal obligación legal (hecho consecuencia), por lo que subsumiendo tal conclusión fáctica al supuesto de hecho del artículo 53 de la LSST, tendremos como resultado de la inferencia judicial que, el empleador frente al trabajador accidentado asumirá la responsabilidad de pagar la indemnización que corresponda, en su condición de garante de su salud y seguridad en el trabajo.

Por último, la CS con este Pleno, incentivará a los empleadores a ser mucho más cuidadosos en el cumplimiento al máximo de todos los estándares de prevención y protocolos de seguridad, necesarios para que no ocurra un AT. Y si se produce, el trabajador accidentado o sus causas habientes si es fatal, podrán obtener el consuelo de una indemnización no sólo por lucro cesante, daño emergente y moral, que prevé la responsabilidad contractual, sino también el daño a la persona en su manifestación de daño biológico, psíquico o psicosomático y al proyecto de vida, si fuera el caso. Por tanto, de generarse un accidente en el centro laboral, por una actividad peligrosa o bien riesgoso a causa de las órdenes del empleador, con base a los criterios de riesgo establecidos en la antes analizada Casación No. 10491-2015, el empleador es quien debe asumir siempre el costo de la indemnización y de las medidas de corrección y no repetición, toda vez que fue este el que expuso al trabajador a una situación o circunstancia potencialmente dañina.

4. Conclusiones

Hemos tratado que el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo dialoguen en una zona limítrofe, que reclama cierta autonomía, en lo que hemos llamado el Derecho de Daños Laboral, y en esta época de los principios, la Justicia correctiva y solidaria son dos luminarias que armonizan sus instituciones y reglas, en la base de la libertad de empresa y la solidaridad del trabajo. Entonces, la búsqueda de la mejor tutela a las víctimas de los accidentes de trabajo, será preocupación del Estado social, empleadores y trabajadores, siempre que nuestro sistema jurídico se centre en la prevención y reparación integral del *homo ecológico*, pues, en su protección solo cabe una obligación de resultado: la indemnidad de la salud y, de lo más preciado, la vida en dignidad del trabajador, ya que todo perdería sentido si privilegiámos el "haber" reduciendo a un medio a la "persona-fin".

haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

En tal avance de humanidad en nuestro país, constatamos que la legislación en SST anda algo desactualizada, en cambio la jurisprudencia ha progresado en establecer criterios mucho más protectores de la parte débil de la relación laboral, con la inversión de la carga probatoria a favor del damnificado, la presunción judicial en la responsabilidad subjetiva y, el establecimiento de una responsabilidad objetiva cuando el riesgo creado e incrementado por el empleador, resulta evidente en la causa del accidente de trabajo, independientemente, de la probanza del cumplimiento de la obligación civilista de la diligencia ordinaria del patrono.

Esto ratifica, una vez más, que la *ley reina y la jurisprudencia gobierna*, tanto más en una diversidad casuística en materia de infortunios laborales, que evoluciona aceleradamente con las innovaciones tecnológicas, descubrimientos científicos y revoluciones industriales que traen beneficios globales para la humanidad pero, también, perjuicios con los accidentes de trabajo, polución ambiental, virus pandémicos, entre otras, calamidades que los sistemas jurídicos no pocas veces se retrasan en controlar, generando vacíos regulatorios y hasta axiológicos.

He ahí, el desafío de la justicia contemporánea y de la magistratura del Siglo XXI, de crear Derecho y esta vez ser boca de los valores y principios constitucionales en la tutela jurisdiccional, especialmente, de las personas vulnerables, en garantía de un orden social pacífico en justicia.

5. Referencias Bibliográficas

ABANTO TORRES, Jaime La responsabilidad civil por accidentes de tránsito en la jurisprudencia. En la Revista Diálogo con la Jurisprudencia N° 155, Lima: Gaceta Jurídica, 2011. Descargado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/125/2014/09/20130526-08_rjp_dialogo_155_-_civil_pat.pdf>

AGURTO GONZÁLES, Carlos y TAMAYO MELGAR, Christian. El fenómeno Mobbing y su impacto en el Mundo Jurídico Contemporáneo: Algunas breves reflexiones. En: CALDERÓN PUERTAS, Carlos y AGURTO GONZÁLES, Carlos Coords. La Responsabilidad Civil, Observatorio de Derecho Civil, Lima: Motivensa, 2010, Vol. III.

ALTERINI, Atilio A. y LOPEZ CABANA, Roberto M. Derecho de Daños (y Otros estudios). Buenos Aires: La Ley, 1992.

ARÉVALO VELA, Javier. Tratado de Derecho Laboral. Lima: Instituto Pacífico, 2016.

ARISTÓTELES. Ética de Nicómaco. Luarna Ed., obra reproducida s/r

ed. Descargado de <<http://www.ataun.eus/BIBLIOTECAGRATUITA/Cl%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/Arist%C3%B3teles/%C3%89tica%20a%20Nicom%C3%A9tico.pdf>>

BERNAL PULIDO, Carlos y **FABRA ZAMORA**, Jorge. Ed. La Filosofía de la Responsabilidad Civil. Estudios sobre los fundamentos Filosófico-Jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Universidad Externado de Colombia. 1ra. Ed. Colombia, 2013.

CALDERÓN PUERTAS, Carlos. Daño a la Persona. Origen, desarrollo y vicisitudes en el Derecho Civil Peruano. Lima: Motivensa, 2014.

CASTILLO FREYRE, Mario y **ROSAS VERA STAIN**, Verónica. La atomización de la responsabilidad civil (O cómo el mundo moderno ha desechado la unificación de la responsabilidad civil). En: **CALDERÓN PUERTAS**, Carlos y **AGURTO GONZÁLES**, Carlos Coords. La Responsabilidad Civil, Observatorio de Derecho Civil, Lima: Motivensa, 2010, Vol. III.

CORRALES MELGAREJO, Ricardo y **ACEVEDO ZÁRATE**, Rossina. Daño emergente, al proyecto de vida y lucro cesante en la responsabilidad contractual por despido constitucional. En: Revista Soluciones Laborales N° 108, Lima: Gaceta Jurídica, Diciembre 2016.

CORRALES MELGAREJO, Ricardo. El juicio probatorio en el proceso laboral. En: Revista Soluciones Laborales N° 126, Lima: Gaceta Jurídica, JUNIO 2018.

COSSIO PERALTA, André J. La indemnización por daños y perjuicios en los casos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales ¿es posible exonerar de responsabilidad al empleador? Lima: Pólemos portal jurídico interdisciplinario, 2017. Descargado de <<https://polemos.pe/la-indemnizacion-danos-perjuicios-los-casos-accidentes-trabajo-enfermedades-profesionales-possible-exonerar-responsabilidad-al-empleador/>>

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Lima: Ara Editores, 2016, t. I – II.

FABRA ZAMORA, Jorge. Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. En: Editores PULIDO, Carlos y otro. La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2013

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El Derecho y la Libertad como proyecto. Revista IUS ET VERITAS, N° 52, Lima: Pucp, Julio 2016. Des-

cargado de <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/16375/16779/>>

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

GÓMEZ VALDEZ, Francisco. Contrato de Trabajo. Parte General. Lima: Adrus, 2016.

HEGEL, G. W. F. Filosofía del Derecho. Madrid: Tecnos, 2004.

HURTADO REYES, Martín. La Casación Civil. Una aproximación al control de los hechos. Lima: Idemsa, 2012.

JACOB ALDI, Antonio. Notas actuales sobre Derecho de Daños. Descargado de <<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/13396/12659/>>

KANT, Inmanuel. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Edición bilingüe y traducción de José Mardomingo, Barcelona: Ariel Filosofía, 1996 y 1999. Descargado de <<http://pdfhumanidades.com/sites/default/files/apuntes/Kant-Fundamentacion-de-La-Metafisica-de-Las-Costumbres-Ed-Ariel.pdf>>

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, La Evolución de la Responsabilidad Civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización. En: AL-TERINI, Atilio A. y otro, Derecho de Daños (y Otros estudios), Buenos Aires: La Ley, 1992.

MARTÍNEZ VIVOT, Julio. Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social. Buenos Aires: Astrea, 1996.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Anteproyecto de reforma del Código Civil Peruano. Lima: Minjus, 2019. Descargado de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Anteproyecto-de-Reforma-al-C%C3%B3digo-Civil-Peruano-Legis.pe_.pdf

ORDÓÑEZ ESCOBEDO, Claudia. La determinación de la responsabilidad patrimonial del empleador ante accidentes de trabajo. Tesis de segunda especialidad en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Lima: PUCP, 2019. Descargado de <<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16046>>

POLO SANTILLAN, Miguel Ángel. La responsabilidad ética. Artículo en Veritas N.º 42. Valparaíso: Pontificio Seminario Mayor San Rafael, 2019. Descargado de <<http://revistaveritas.cl/2019/04/01/808/>>

SALAS CARCELLER, Antonio. Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Artículo en: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguros. Descargado de: <<https://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/PRINCIPIOSDERECHOEUROPEORC-ANTONIO%20SALAS-48-1.pdf>>

SOLÍS CÓRDOVA, Mario. Apuntes en Torno a la Teoría de la Unificación de la Responsabilidad Civil. Artículo en la Revista Derecho y Sociedad. Descargado de <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/16692/17023>>

TABRA OCHOA, Edison. Ética y solidaridad. Perspectivas históricas y normativas. Geneva: Globethics.net, 2017.

VÁSQUEZ CONCHA, Jorge. ¿Estamos ya dentro de un nuevo sistema de responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo en el Perú? Lima: Udep, 2019. Descargado de <<https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/download/1831/1461?inline=1>>

VEGA MERE, Yuri. Artículo 1317º Daños y perjuicios por inejecución no imputable. En: SOTO COAGUILA, Carlos Director, VV. AA. Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil. Lima: Instituto Pacífico, 2015.

