

DIRECTORES:

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

**LIBRO EN HOMENAJE JURÍDICO
A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES
Y LA LUCHA POR LA JORNADA DE LAS
OCHO HORAS DE TRABAJO**

Panorama integral de los derechos laborales y
meditaciones en torno a la reactivación laboral

COORDINADORES:

Brenda Daysi Jiménez Silvera
Bryan Steven Vargas Gutiérrez

AUTORES:

Francisco Trujillo Pons (España)
Eduardo Rojo Torrecilla (España)
Gustavo Ortiz Hidalgo (Ecuador)
Jean Carlo Guevara Marín

Francisco Javier Romero Montes
Leopoldo Félix Gamarra Vílchez
Carlos Alberto Quispe Montesinos
Roberto Carlos Vílchez Sánchez

Carlos Ernesto Ciriaco Bellido
Claudia Patricia Tenorio Pineda
Iván Alberto Gutiérrez Luna

DIRECTORES:

**Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zepa
Frank James Paucarchuco Gonzales**

**LIBRO EN HOMENAJE JURÍDICO
A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES
Y LA LUCHA POR LA JORNADA DE LAS
OCHO HORAS DE TRABAJO**

**Panorama integral de los derechos laborales y
meditaciones en torno a la reactivación laboral**

COORDINADORES:

**Brenda Daysi Jiménez Silvera
Bryan Steven Vargas Gutiérrez**

AUTORES:

Francisco Trujillo Pons (España)	Francisco Javier Romero Montes
Eduardo Rojo Torrecilla (España)	Leopoldo Félix Gamarra Vílchez
Gustavo Ortiz Hidalgo (Ecuador)	Carlos Alberto Quispe Montesinos
Jean Carlo Guevara Marín	Roberto Carlos Vílchez Sánchez

**Carlos Ernesto Ciriaco Bellido
Claudia Patricia Tenorio Pineda
Iván Alberto Gutiérrez Luna**

**LIBRO EN HOMENAJE JURÍDICO A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS
LABORALES Y LA LUCHA POR LA JORNADA DE LAS OCHO HORAS DE TRABAJO**

**PANORAMA INTEGRAL DE LOS DERECHOS LABORALES Y MEDITACIONES EN TORNO A LA
REACTIVACIÓN LABORAL**

AUTORES:

Esta es una obra colectiva

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio
Flores Zerpa, Allen Martí
Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORES:

Jiménez Silvera, Brenda Daysi
Vargas Gutiérrez, Bryan Steven

COLABORADORES:

Maldonado Barrial, Issair
Nolasco Villanueva, Allinson Milagros

EDITADO POR:

© **AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.**

Jr. María Antonieta #399

Urb. Palao 2da. etapa

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

PRIMERA EDICIÓN DIGITAL – MAYO 2023

LIBRO ELECTRÓNICO DISPONIBLE EN:

www.editorialamachaq.com/libro1-laboral

ISBN: 978-612-48692-8-0

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-04131**

El presente libro es el producto de la recopilación de artículos académicos y ponencias presentadas en el marco del I Congreso Internacional de Derecho Laboral, Fiscalización Laboral y Seguridad y Salud en el Trabajo & I Congreso Nacional de Derecho Laboral, Procesal del Trabajo y Promoción del Empleo, cuyo eje temático se denominó "Panorama integral de los derechos laborales y meditaciones en torno a la reactivación laboral", organizado por AMACHAQ Escuela Jurídica.



*Libro en Homenaje Jurídico a la Defensa de los Derechos Laborales y
la Lucha por la Jornada de las Ocho Horas de Trabajo*

Amachaq Escuela Jurídica

Disponible en:

www.editorialamachaq.com/libro1-laboral

Año: 2023

Edita:

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

El Libro en Homenaje Jurídico a la Defensa de los Derechos Laborales y la Lucha por la Jornada por las Ocho Horas de Trabajo de Amachaq Escuela Jurídica es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

www.editorialamachaq.com/libro1-laboral

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES8

I. DERECHO LABORAL

- **Principio del derecho del trabajo: Análisis doctrinario, normativa y jurisprudencia**
Carlos Ernesto Ciriaco Bellido 13
- **La crisis de los principios del Derecho del Trabajo**
Francisco Javier Romero Montes..... 31
- **Remuneración y beneficios sociales: naturaleza y cómputo**
Jean Carlo Guevara Marín 51
- **El despido sin causa justificada en el Anteproyecto del Código de Trabajo**
Carlos Alberto Quispe Montesinos..... 59
- **Análisis de la inclusión del *core business* en la regulación de la tercerización laboral**
Roberto Carlos Vilchez Sánchez 71
- **Licencias laborales en el régimen laboral privado**
Claudia Patricia Tenorio Pineda 81

- **Análisis constitucional de la vulneración del derecho a la igualdad en el Régimen CAS**
Iván Alberto Gutiérrez Luna.....95

II. DERECHO PREVISIONAL

- **El Sistema de Pensiones en el Perú: Problemas y retos**
Leopoldo Félix Gamarra Vilchez 105

III. DERECHO LABORAL COMPARADO

- **Mecanismos efectivos para controlar, seguir y vigilar el riesgo de fatiga informática en el trabajo**
Francisco Trujillo Pons 119
- **El mundo del trabajo ante el inmediato futuro y sin olvidar el pasado y presente. Retos jurídicos, económicos y sociales**
Eduardo Rojo Torrecilla..... 135
- **El derecho al trabajo en la legislación del Ecuador**
Gustavo Ortiz Hidalgo 153

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES

La pandemia generó una serie de efectos con distintas índole tanto sociales, económicas y políticas en todo el mundo, ciertamente en algunos países fue menor que en otros, pero en razón de nuestro país los efectos fueron sumamente graves debido a la poca o nula acción temprana por parte de las autoridades competentes ante la lucha contra la enfermedad respiratoria causada por el SARS-CoV-2.

En el ámbito laboral, frente a la inmovilización obligatoria decretada por el Estado, diversas empresas se vieron obligadas tomar diferentes medidas, muchas cerraron sus centros laborales, otras optaron por la suspensión perfecta de laborales hacia los trabajadores, mientras otras vieron en el teletrabajo y trabajo remoto una oportunidad para continuar con sus funciones fuera de los centros laborales. No obstante, era necesario la adaptación de nuestras leyes laborales ante un “escenario de pandemia”.

Ahora bien, como respuesta a la emergencia sanitaria a causa de la Covid-19, y posterior a las medidas adoptadas por las autoridades, así como al avance forzoso de la medicina, se inicia el plan de vacunación. A la par, en el plano laboral se comienza con la reactivación tanto económica como dentro de los centros de trabajo, teniendo en cuenta la nueva realidad post pandemia.

Es así que, desde el Área de Derecho Laboral de Amachaq Escuela jurídica, con el ánimo de difundir ideas respecto a la reactivación laboral así como las consecuencias post pandemia y temas relacionados, ponemos a disposición el libro del I Congreso Internacional de Derecho Laboral, Fiscalización Laboral, Seguridad y Salud en el Trabajo & I Congreso Nacional De Derecho Laboral,

Procesal del Trabajo Y Promoción del Empleo en “Homenaje Jurídico a la defensa de los derechos laborales y la lucha de la jornada de las ocho horas de trabajo”, que se llevó a cabo desde el día 27 al 29 de octubre del 2022, en el cual se contó con la presencia de grandes exponentes en la materia que abordaron problemáticas desde el plano nacional e internacional referidas al trabajo, todo ello dentro del eje temático “*Panorama integral de los derechos laborales y meditaciones en torno a la reactivación laboral*”.

El presente libro se encuentra dividido en tres grandes capítulos o bloques temáticos:

En el primer bloque temático, denominado **Derecho Laboral**, se abordará fundamentalmente los principios del Derecho Laboral, desde una perspectiva doctrinaria, normativa y jurisprudencial. Asimismo, se trató la crisis que experimentan aquellos principios en la realidad. Posteriormente, se puso en relevancia la remuneración y el cálculo de los beneficios sociales. Igualmente se trataron: el despido sin causa justa en el Anteproyecto del Código del Trabajo, análisis de la inclusión del *core business* en la regulación de la tercerización laboral, Licencias laborales en el régimen laboral privado y análisis constitucional de la vulneración del derecho a la igualdad en el Régimen CAS.

En el segundo bloque temático se desarrollará respecto al **Derecho Previsional**, poniendo énfasis en los retos que atraviesan los dos sistemas de pensiones regulados en nuestro país como son el Sistema de Pensión Privado y Público.

Por último, en el tercer bloque temático, denominado **Derecho Laboral Comparado**, se contribuirá con el conocimiento jurídico del Sistema Laboral argentino, ecuatoriano y español, mostrando de una forma didáctica los nuevos retos que enfrenta el Derecho del Trabajo frente a las nuevas modalidades originadas por la tecnología.

En esa línea, extendemos infinitamente el agradecimiento a los protagonistas de cada escrito; profesores, investigadores, renombrados académicos nacionales e internacionales que se sumaron a nuestra propuesta y nos brindaron su voto de confianza para desarrollar el presente producto académico, debido a que para la

realización del presente libro fue necesaria la paciencia, el apoyo y la cooperación por parte de los distinguidos ponentes. Nuestro especial agradecimiento a los abogados nacionales, Carlos Ciriaco Bellido, Leopoldo Gamarra Vílchez, Jean Carlo Guevara Marín, Carlos Quispe Montesinos, Claudia Tenorio Pineda, Francisco Romero Montes y Roberto Vílchez Sánchez, así como a los destacados abogados internaciones, Eduardo Rojo Torrecilla (España), Francisco Trujillo Pons (España) y Gustavo Ortiz Hidalgo (Ecuador).

Esperamos que el presente libro sea de gran provecho para toda nuestra comunidad jurídica. No obstante, AMACHAQ continuará con el objetivo de la democratización del conocimiento jurídico desde las distintas ramas del conocimiento.

Por último, desde el Área de Derecho Laboral, Procesal Laboral y Promoción del Empleo de AMACHAQ esperamos que los temas desarrollados en las siguientes páginas sean de suma utilidad para todo el público en general. Una vez más, reiteramos nuestro compromiso en poner a la palestra los problemas, cambios y propuestas de solución dentro de las distintas ramas del conocimiento y en específico, de la apasionante e importante rama del Derecho Laboral.

Brenda Daysi Jiménez Silvera
Bryan Steven Vargas Gutiérrez

I. DERECHO LABORAL

Principio del derecho del trabajo: Análisis doctrinario, normativa y jurisprudencia*

Carlos Ernesto Ciriaco Bellido**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Surgimiento y evolución del Derecho del trabajo / 2. Objeto del Derecho del trabajo / 3. Evolución del derecho del trabajo / 4. Internacionalización del derecho del trabajo / 5. Principios del derecho al trabajo / 5.1. Principio protector / 5.2. Principio indubio pro operario / 5.3. Principio de igualdad y no discriminación / 5.4. Principio de supremacía de la realidad / 5.5. Principio de irrenunciabilidad del derecho / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Surgimiento y evolución del Derecho del trabajo

El derecho del trabajo no forma parte de una de las materias que tiene surgimiento a partir de los tiempos contemporáneos, esto viene inclusive en tiempos anteriores a la revolución industrial y a la revolución francesa, donde a través de un colectivo de obreros que se veían desprovistos o despojados de derechos y que el principal beneficio que buscaban que era la subsistencia de ellos mismos y de sus familias se veían afectados con el uso abusivo también de parte de los empleadores.

Es así que, respecto a la cuestión social del surgimiento el derecho del trabajo Neto nos dice lo siguiente:

“El conjunto de problemas políticos, sociales y económicos que el surgimiento de la clase obrera impuso en la constitución de la sociedad capitalista. (La misma, hace referencia a) las expresiones del proceso de formación y desa-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Laboral, Seguridad y Salud en el Trabajo y Fiscalización de SUNAFIL, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 27 al 30 de junio del 2022.

** Abogado Titulado y colegiado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con una segunda especialidad en derecho del trabajo y seguridad social emitida por misma casa de estudio, y Magister en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado del área de derecho laboral del Estudio Vinatea & Toyama

rrrollo de la clase obrera y su ingreso al escenario político de la sociedad exigiendo su reconocimiento como clase por parte del empresariado y del Estado” (citados por Netto, 2002:5)

2. Objeto del Derecho al Trabajo

En virtud de ello, es necesario identificar cuál es el objeto de estudio del derecho al trabajo. Para ello, conforme a la clasificación realizada por el profesor Javier Neves, en la cual señalaba que el derecho del trabajo surge con los siguientes elementos: i) El trabajo humano, ii) el trabajo productivo, iii) el trabajo por cuenta ajena y iv) el trabajo libre y voluntario, y vi) subordinado.

En primer lugar, el trabajo humano implica que debe ser realizado por una persona individual. Ahora bien, estos elementos en su conjunto configuran el objeto de estudio del derecho del trabajo. Seguidamente, el trabajo tiene que ser productivo, lo cual conlleva que el trabajo debe tener una finalidad y que va de la mano con la propia subsistencia. El primer y uno de los aspectos básicos de la vida es la búsqueda de alimentos, la búsqueda de prendas, la búsqueda de la supervivencia tanto del individuo y de su núcleo familiar.

En ese orden de ideas, el trabajo también debe ser realizado por cuenta ajena, esto consiste en que el trabajo tiene que ser hecho en beneficio de un tercero. Respecto a este elemento, existe una clasificación según la cual el trabajo se puede prestar de forma autónoma, pero debe quedar claro que, para la configuración del derecho al trabajo, esta debe ser realizada en favor de un tercero que a través de la posición de su fuerza de trabajo debe generarle frutos y beneficios.

Asimismo, el trabajo debe ser libre y voluntario, lo cual implica que el trabajador como persona presta servicios en favor de un tercero. Por ello debe hacerlo con total consentimiento, dando su libre manifestación de voluntad con el efecto de realizar dicha finalidad.

Por último, el trabajo debe ser subordinado, es decir, someter la fuerza de trabajo a un conjunto de facultades o poderes del empleador con ocasión del vínculo laboral. (i) Poder de dirección, (ii) poder de fiscalización, y (iii) Poder disciplinario.

Este conjunto de elementos, trabajo humano, trabajo productivo, trabajo por cuenta ajena, así como trabajo libre y voluntario, y subordinado, son los que darán origen al derecho al trabajo.

¿Qué sucede con el contrato por locación de servicios? ¿Este no forma parte del derecho trabajo? Si bien forma parte del derecho al trabajo, no es como materia principal, sino como una materia a la cual se busca brindar una posible solución de conflictos ante una eventual controversia a efectos de poder avocarnos principalmente al objeto de estudio del derecho al trabajo.

3. Evolución del derecho al trabajo

El derecho al trabajo nace principalmente a partir de distintas etapas, las cuales han transcurrido en la historia y han evolucionado. La primera etapa es conocida como “la etapa de la prohibición”, la cual conlleva a abordar necesariamente el sindicalismo, es decir, al grupo de trabajadores que se afilia a una organización sindical con la finalidad de obtener mejores condiciones de trabajo y también en la parte salarial.

En la etapa de prohibición juntamente con el Estado, que buscaba imponer las reglas del mercado, el sindicalismo representaba una solución, por lo cual, representaba una traba que ahuyentaba la inversión y que ahuyentaba el desarrollo; entonces, por consiguiente, se prohibía. Dicha prohibición se realizaba a mediante medidas impuestas en los códigos penales, es decir, había penas con la única finalidad de reprimir el sindicalismo.

Una siguiente etapa es la etapa de la tolerancia, donde las restricciones, prohibiciones y las tipificaciones en los códigos penales desaparecieron, pero hasta ese punto. A través de estudios sociales y de mercado se analizan posibles propuestas con el fin de reconocer el derecho al trabajo, pero sin ir más allá. El estudio social y analítico que se realizaba de la realidad de cada Estado se daba con la finalidad de poder reconocer ciertos beneficios a los trabajadores. Todavía no se reconocían, por eso, era la etapa de la tolerancia que, principalmente, se caracteriza por la realización de los estudios referidos, el cese de las prohibiciones del sindicalismo.

Finalmente, en la etapa del reconocimiento, es posible recordar los eventos principales de la revolución francesa y revolución industrial como lo son la jornada de trabajo, la prevención de accidentes de trabajo, entre otros.

Posteriormente, a través de la internacionalización del derecho del trabajo influyeron en la creación de instrumentos cuya finalidad era regular con eficacia general pisos mínimos y reconocimiento de derechos que garantizan la protección de los derechos de los trabajadores.

4. Internacionalización del derecho al trabajo.

La internalización del derecho al trabajo se da fundamentalmente con el principal actor de producción de normas laborales a nivel internacional, que es la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), fundada en el año 1919, desde entonces, viene dictando normas con pisos mínimos, es decir, dicta directrices mínimas que los Estados miembros a nivel internacional deberán incluir y mimetizar dentro de su legislación interna, que tiene la única finalidad de salvaguardar y garantizar el derecho al trabajo.

Al respecto, es pertinente recordar que la OIT es de carácter tripartito, porque los actores que se encuentran en constante negociación a través de mesas de trabajos son: i) los trabajadores u organizaciones sindicales, ii) los empleadores y iii) los Estados.

En cuanto a la producción normativa, esta se da a través de los convenios internacionales, que son de distintas materias, en la cual los Estados conengan los principios que ellos pregonan ratificarán ese tratado perteneciente al derecho internacional, a fin de adscribirse al contenido pleno de un convenio de la OIT; así también, se tienen las recomendaciones de la OIT, las cuales complementan y desarrollan cada uno de los convenios.

El Perú forma parte de la OIT y ha ratificado diversos tratados correspondientes a este organismo internacional. Cabe recordar que, en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú se otorga un rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en los cuales, el Perú forma parte.

Asimismo, la finalidad de la OIT es establecer una protección social mínima, es decir, los pisos mínimos de los cuales, los Estados deben de promover. Adicionalmente a ello, se debe tomar en cuenta que, inclusive existiendo convenios internacionales de la OIT, que no hayan sido ratificados por el Perú, si estas forman parte de los cuatro pilares de la Constitución de la OIT, los Estados deberían hacer lo posible para informar a la OIT sobre la evolución de los mecanismos en su propia realidad para asegurar el cumplimiento de los cuatro principios.

El Perú forma parte de la OIT desde 1919 y ha ratificado 74 convenios, de los cuales 67 están en vigencia. En ese sentido, los 8 convenios fundamentales son: La libertad sindical, derecho a la sindicalización y negociación colectiva, convenio sobre el trabajo forzoso, abolición del trabajo forzoso, igualdad de remuneraciones, convenio sobre discriminación, convenio sobre la edad mínima, trabajo infantil.

5. Principios del Derecho al Trabajo

A continuación, se procederá a conocer sobre los principios del Derecho al trabajo. Cuando se hace referencia a los principios, es importante recordar que estos pertenecen al terreno axiológico, al terreno principialista del derecho del trabajo, porque los principios en particular responden a un criterio axiológico cuya finalidad es dirigir la producción de distintas normas jurídicas, tienen la posibilidad de llamarse a sí mismos derechos e, inclusive tienen la posibilidad de ser uno de los elementos que puede dilucidar una solución de controversias.

Realmente, la actuación del Estado debe tomar en cuenta los principios, estos no requieren necesariamente ser legislados ni evocados de manera literal por cualquier cuerpo normativo, su sola existencia axiológica hace que puedan ser tomados en cuenta. Al respecto, existen críticas a nuestros legisladores por emitir ciertas normas jurídicas sin la revisión misma de los propios principios y esto genera no solamente la contravención a otros derechos constitucionales o de menor rango dentro de la pirámide de Kelsen, sino de la finalidad por la cual estos fueron realmente evocados.

Américo Pla (1975) señala que los principios en el derecho laboral “son directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”.

Entre las distintas funciones de los principios, se tienen la función informativa, normativa y de interpretación. La función informativa se refiere a que los principios operan como enunciados normativos universales que inspiran al legislador. Asimismo, en cuanto a la función normativa sirve para determinar la validez de proposiciones normativas de fuentes de derecho. Y, por último, respecto a la función de interpretación, es un criterio orientador que opera frente a los casos difíciles y frente a los vacíos legales.

En ese sentido los principios del derecho al trabajo son los siguientes:

5.1. Principio protector

Es importante recordar que, dentro de una relación laboral compuesta por los trabajadores y los empleadores, estos no se encuentran en una relación equidistante, es decir, no se encuentran en la misma posición, puesto que el empleador tiene distintas facultades, tales como la de dirección, la de administración y la sancionadora respecto a la labor del trabajador.

En ese sentido, la parte trabajadora se encuentra en la posición más débil en la relación laboral, por lo cual, frente a distintas disposiciones tanto a nivel legislativo, como también, a nivel interno, dentro de la autonomía privada, existen supuestos dentro este principio tuitivo o protector que se ofrece una esfera de protección a los derechos laborales.

Al respecto, se ha señalado que el principio protector es “aquel principio superlativo - tuitivo en materia laboral, constituyéndose como uno de protección al trabajador que en la mayoría de los casos en que se controvierten los derechos laborales viene a ser la parte más débil de la relación de trabajo frente al estatus que le corresponde al empleador” (Casación 2120-2003, Huánuco).

De esta forma también es posible observar que, dentro del texto de la Constitución Política del Perú de 1993 existen distintos derechos que están contenidos en su articulado en favor de la parte más débil como lo es la parte trabajadora. Por ejemplo, el artículo 22 de la Constitución que establece que “el trabajo es un deber y un derecho, que es base de la realización de la persona humana”. Asimismo, el artículo 23 que señala que “el trabajo, en sus diferentes modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado”.

Por su parte, los artículos 43 y 44 de la Constitución establecen que el Estado del Perú es un Estado social y democrático de derecho, cuya prioridad es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y bienestar general. El artículo 24 de la Constitución señala el derecho a la remuneración equitativa y suficiente, que procure el bienestar del trabajador y sus familiares. Así también, el artículo 26 referente a la consagración del principio de igualdad de oportunidades.

Respecto al artículo 23 de la Constitución que señala que: “El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”.

Es menester hacer una precisión recordando que en la Constitución Política del Perú de 1979 tiene un artículo cuyo texto es bastante similar por el artículo 23 de la actual Constitución Política del Perú; sin embargo, el término que utilizan no es “atención prioritaria” sino que es “protección”. Semánticamente una diferenciación entre protección y atención prioritaria puede llevar a diferentes conclusiones, por ejemplo, puede conllevar a pensar que la protección es cuando se tiene en cuenta que existen grupos vulnerables a los cuales el Estado debe darles especial protección, en cambio, el término atención prioritaria llevaría al punto de discriminar

ciertos grupos que son igual de importantes y tienen cierta predilección. Sin embargo, dentro de la lectura conjunta de lo que se quiere mencionar, son básicamente lo mismo.

El principio protector en la Constitución peruana menciona tres grupos importantes, cuya vulnerabilidad hace que necesiten una mayor atención y fijación debido a la propia sociedad. Se menciona a la madre trabajadora, a los menores de edad y a los impedidos que trabajan (personas que sufren alguna discapacidad). Frente a ello, la atención del Estado se manifiesta no solo mediante la emisión de norma, sino que surge la obligación de generar mecanismos y procedimientos mediante los cuales los grupos vulnerables puedan continuar y realizarse y tener iguales derechos que otros grupos o colectivos.

Respecto a la madre trabajadora, existen diferentes tratados que no solo se agotan en los convenios OIT, como lo son el convenio 110, 111 y 156 de la OIT; sino también la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros. Asimismo, a nivel interno, existen normas especiales para la madre trabajadora que extienden la protección a su estabilidad laboral, a su condición de madre, ya sea gestante o lactante, a la protección frente a riesgos o accidentes de trabajo, así como a las licencias que se otorgan como son los descansos pre o posnatales, únicamente atendiendo a las características propias de dicho colectivo.

En lo concerniente a los menores de edad, existen una normativa como lo es el Código de Niños y Adolescentes y la prohibición del trabajo forzoso y del trabajo infantil que viene dada por uno de los Convenios de la OIT. En cuanto a los impedidos que trabajan, existen normas internacionales y normas nacionales, entre las nacionales se puede señalar la Ley 27050. A estas tres prioridades se les busca garantizar la igualdad de oportunidades.

Un ejemplo del principio protector es posible encontrarlo en la Casación Laboral N° 574-2017-Lima, cuyo fundamento sétimo señala que: Dentro de las relaciones laborales, el trabajador constituye la parte débil frente al empleador, pues, este último mantiene una clara ventaja económica por su condición de propietario o poseedor de los medios de producción; es en ese punto donde aparece el principio protector, reconocido en el artículo 23 de la Constitución Política del Perú, en virtud del cual el Derecho del trabajo, apartándose de la igualdad formal existente entre las relaciones de naturaleza civil o mercantil, acude en su ayuda por medio de una disparidad jurídica que permita equiparar la desigualdad existente en la realidad.

Es en esa peculiar desigualdad existente entre las partes que conforman la relación de trabajo, que el Estado en busca de equiparar dicha relación acude en auxilio del trabajador mediante una desigualdad jurídica, a fin de evitar abusos por parte del empleador.

Doctrinariamente se admite que del principio protector derivan tres reglas: a) el in dubio pro operario; b) la aplicación de la norma más favorable; y c) la aplicación de la condición más beneficiosa.

5.2. El principio in dubio pro operario

Este principio es también conocido como la interpretación de auxilio en caso de una duda insalvable. Al respecto, el artículo 26 numeral 3 de la Constitución Política del Perú establece que es un principio en material laboral, la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Asimismo, el Tribunal Constitucional Peruano (en adelante TC) entiende que “la noción de duda insalvable debe ser entendida que no puede ser resuelta por medios de la técnica de la hermenéutica”. Aunado a ello, para entender cuál es el ámbito de aplicación del principio in dubio pro operario, el TC ha señalado que “la noción de norma abarca a la misma Constitución, a los tratados, a las leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc.” (STC del 20 de enero de 2005// Exp: 008-2005-PI/TC, fundamento 21). En otros términos, el principio pro operario puede aplicarse a cualquier norma jurídica independientemente de su rango; sin embargo, es necesario tener en cuenta que las normas jurídicas deben guardar concordancia con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, que están en la cúspide de la pirámide kelseniana. Ello también en consideración de que la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución lo establece.

Adicionalmente, el TC también ha referido que la aplicación del principio en cuestión está sujeta a cuatro condiciones: a) Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos. b) Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional. c) Obligación de adoptar como sentido normativo a aquel que ofrece mayores beneficios al trabajador. d) Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarse el sentido más favorable al trabajador.

5.3. El principio de igualdad y no discriminación

Es cierto que este principio no es propio del derecho del trabajo, ya que es un principio que se encuentra dentro de nuestro ordenamiento jurídico en general y universal. Ahora bien, es oportuno precisar que la igualdad y no discriminación son conceptos que han ido evolucionando gracias a la transformación de los tiempos, de las instituciones y también propiamente de la sociedad.

Conviene recordar que el derecho son las reglas que se imponen dentro de la historia de determinada sociedad, es decir, son normas de convivencia que regulan a la supervivencia de una sociedad; en ese sentido, se recuerda que la evolución de los conceptos de igualdad y no discriminación pasaron por dos planos, la igualdad formal y la igualdad sustancial.

Dentro del concepto de igualdad se entiende acerca de la verificación de los hechos de sujetos semejantes respecto a un beneficio. Si existe un trato desigual para los iguales o un trato igual para los desiguales, existirá una discriminación directa. Para ello, dentro de la igualdad formal, existen dos principios, que son: la igualdad ante la ley y la igualdad de trato.

La igualdad ante la ley, como su propio nombre lo expresa, tiene que ver con la emisión de normas que deben buscar la aplicación universal de determinada disposición para todos y que, únicamente, este será salvable en la medida de que exista una razón objetiva que esta debe ser verificada a efectos de poder señalar que determinada norma cumple con este criterio de igualdad.

Respecto a la igualdad de trato, que consiste en equiparar los derechos de los trabajadores frente a las decisiones unilaterales por parte del empleador al interior de la relación laboral durante la vigencia del vínculo de trabajo, en cuanto a los poderes que tiene y los elementos propios del contrato del trabajo.

Ahora bien, cuando se hace referencia a la igualdad sustancial, es preciso acercarse a los colectivos a través de los cuales se verificará si determinado elemento o determinada norma genera los mismos beneficios entre todos, si la respuesta es negativa será necesario crear políticas de igualdad que traten de generar la misma igualdad entre todos.

Estas políticas de igualdad tendrán un efecto transitorio desigual, principalmente, porque se están dando facultades y derechos a un grupo minoritario diferencial al mayoritario, pero esta finalidad es aceptada incluso por

nuestro propio ordenamiento, teniendo en cuenta que el Perú es un Estado social de derecho cuyo fin es que todos gocen de los mismos derechos, en atención también de sus propias particularidades.

Lo señalado en el párrafo precedente es en pocas palabras la llamada igualdad de oportunidades. Por tanto, en tanto esto no se cumpla se estará ante la llamada discriminación indirecta, la cual será el impacto adverso que producen medidas aparentemente neutras sobre un colectivo, en proporción mayor que los demás.

En síntesis, se tiene que la regla es que “el igual debe ser tratado en modo igual, y el desigual de modo desigual”. Asimismo, para la existencia de una distinción o trato diferenciado debe existir un criterio objetivo, por ejemplo, una remuneración diferenciada por criterios de antigüedad. En cambio, para la existencia de la discriminación debe existir un motivo prohibido, es decir, estar basado en motivos como el sexo, grupo racial, la religión, etc.; como ejemplo de la discriminación se tiene al despido nulo.

Esto se encuentra regulado en el artículo 2, numeral 2 de la Constitución Política del Perú. Asimismo, en el artículo 26, numeral 1 de la carta magna peruana se hace mención del referido principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. También, se tienen los convenios internacionales, como es el caso del Convenio 111 de la OIT, sobre la prohibición de discriminación, pero que permite la diferenciación.

Un caso que representa una situación aparentemente neutra pero que en el fondo tiene un contenido de discriminación es el siguiente: En una convocatoria de trabajo para el puesto o cargo de operario de limpieza, cuyo requisito es que la persona que postule a dicho puesto debe tener 1.70 cm altura por lo menos.

Si bien, en principio pareciera que no existe discriminación, pues se permite que tanto hombres como mujeres pueden postular a dicho puesto de trabajo; no obstante, se debe considerar que, en la sociedad peruana el hombre predilectamente es mayor que la estatura de las mujeres, lo cual se sabe incluso estadísticamente; en ese sentido, en el presente caso, las mujeres no podrían acceder al puesto de trabajo y ante la falta de una razón objetiva para establecer el requisito mencionado, se configuraría una discriminación indirecta. Salvo que, en el caso señalado existe un criterio objetivo basado en que el operario de limpieza necesariamente requiera de la talla establecida para cumplir con sus funciones.

Al respecto, la Casación Laboral N° 16970-2013-Lima ha señalado que: En dicha línea argumentativa, de la ratio decidendi del Colegiado, expuesta en el acápite precedente, se observa que la Sala de mérito, no realiza un aná-

lisis aplicando los parámetros objetivos de comparación entre el demandante y el homólogo ofrecido, en los cuales se evalúen otros factores: i) la empresa proveniente, iii) la trayectoria laboral, iii) las funciones realizadas, iv) la antigüedad en el cargo y la fecha de ingreso, v) el nivel académico alcanzado y la capacitación profesional, vi) la responsabilidad atribuida, vii) la experiencia y el bagaje profesional: a efectos de contrastar fehacientemente si en el caso de autos ha acaecido algún supuesto de discriminación salarial que vulnere el principio de igualdad, más aún si un empleador se encuentra en la potestad de realizar el pago de remuneraciones diferenciadas a sus trabajadores, siempre que dicha diferenciación se otorgue sobre la base de factores legítimos, razonables y objetivos.

5.4. Principio de primacía de la realidad

Este principio trata de ubicar dentro de una escala de preferencia a los hechos por sobre todos los documentos, a la constitución fáctica por sobre el formalismo. Muchos consideran que es un principio exclusivo del derecho del trabajo, toda vez que, a diferencia de otras ramas del derecho.

En virtud de este principio se requerirá la constatación fáctica de los hechos, esto implica constatar lo que está ocurriendo en la realidad versus el acuerdo entre las partes que se ha dispuesto dentro de los documentos en el ámbito formal.

De tal manera, en el marco de la Recomendación 198 de la OIT se señala que “la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.

En ese sentido, el principio de supremacía de la realidad no se trata de suplir la voluntad de las partes, sino de traducir la voluntad de estas. La conclusión en este punto es que, a pesar de la convergencia de las partes, es decir, empleador y trabajador estén dispuestos a simular para llegar a determinado producto o resultado que se encuentre contrario a una norma imperativa, no será esta válida, puesto que, es necesario verificar los hechos.

De tal modo, existen múltiples ejemplos, como el caso de los contratos sujetos a modalidad que establece excepciones de contratación; teniendo como regla general que toda persona debe ser contratado en un vínculo de carácter indefinido o indeterminado, siendo sus excepciones que deben cumplir con el requisito de causalidad y adecuarse estos supuestos.

Existen empresas que contratan a determinados trabajadores por planilla o a plazo fijo. Entonces, el empleador considerará que debe contratar a una persona a plazo determinado, puesto que esta no debe permanecer en planilla de forma indefinida en tanto existe incertidumbre sobre lo que sucederá en el futuro de su empresa.

El principio de primacía de la realidad es posible aplicarlo cuando se constata que determinado contrato de trabajo basado en el requisito de causalidad para poder justificar la utilización de una modalidad, por ejemplo, por necesidad de mercado; además de ello, este debe ser verificable. Esto implica que se verificará en los hechos si la justificación que está señalada en los documentos es real. Si el incremento es real, ello será corroborable mediante los informes de producción, análisis de mercado, balance de ingresos versus costos y múltiples elementos donde se puede justificar ello.

Al respecto, el TC ya se ha pronunciado y establecido que esos supuestos, esas características de documentos adicionales y complementarios que justifiquen ello, deben estar redactados dentro de la cláusula objetiva, porque ocurre que se colocan gran porcentaje de contratos con una cláusula genérica y que recién a partir de una constatación administrativa o inspectiva, o que el trabajador inicie un proceso de tutela jurisdiccional efectiva contra la empresa, que recién en ese momento, con el escrito de contestación de demanda se anexe toda la documentación que traten de complementar o en algunos casos, señalar de forma completa y totalmente ajeno a lo que se coloca hoy en el contrato, justificando esa utilización.

En suma, el principio de primacía de la realidad será la verificación de los hechos versus lo señalado en los contratos o documentos. Este principio se encuentra regulado en el artículo 2, numeral 2 de la Ley General de Inspección de Trabajo, señalando que: En caso de discordancia entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados. Si bien, no se menciona expresamente el principio de primacía de realidad, contiene la definición y alcances de este.

Por tanto, el juez como director del proceso, como un tercero imparcial que resolverá una controversia de forma heterónoma debe hacer prevalecer la realidad y considerar el acto de encumbramiento como inválido, aún cuando el trabajador se beneficie de ello aparentemente.

El TC ha señalado que: “En aplicación de principio de primacía de la realidad, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En tal sentido, del contenido de

los contratos referidos se advierte que existía una relación laboral entre el demandante y la demandada de las características señaladas en el fundamento precedente; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual, como lo manifiesta la demandada (...). (STC Exp. N° 1944-2002-AA/TC)

Adicionalmente, el mismo TC también ha referido que: “Habiéndose determinado que el demandante – al margen del contrato civil y su respectiva adenda para prestar servicios de guardián – ha realizado labores de forma subordinada y permanente en ambas condiciones, tanto de almacenero como guardián, por lo que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil (...)”. (STC Exp. N° OO441-2011-PA).

En el siguiente caso, parte de un recurso de agravio constitucional, es posible dilucidar el principio de primacía de la realidad: El señor Miguel Ochoa ingresa a trabajar a SEDAPAL bajo un contrato sujeto a modalidad por servicio específico. Ingresa el 17 de marzo del 2003 y su vínculo finaliza el 31 de marzo del 2004. Posteriormente, tras un tiempo, presta servicios a la misma SEDAPAL, pero como practicante preprofesional, desde el 04 de mayo del 2005 hasta el 31 de diciembre del 2005.

En ese contexto, el señor demandó a SEDAPAL. Por lo cual, el TC señaló que: Conforme ha quedado acreditado con el Certificado de Trabajo expedido por la emplazada; (...) bajo la suscripción de Convenios de Prácticas Preprofesionales, reingresó a la entidad para realizar las mismas labores que realizó en el primer periodo antes referido. Asimismo, advirtió que el recurrente, en el periodo que prestó servicios bajo la denominada modalidad de prácticas preprofesionales, realizó labores de recepción y registro de documentos (ventanilla de atención al usuario), siendo dichas labores de carácter permanente en la institución demandada, las mismas que realizó en el primer periodo bajo la denominación de contrato de trabajo por servicio específico.

Por consiguiente, evidenciando que, al margen de lo contenido en los Convenios de Prácticas Preprofesionales, ha desempeñado labores de carácter permanente, en forma subordinada y sujeto a un horario de trabajo, el TC concluyó que, en aplicación del principio de primacía de la realidad; en el presente caso, se acreditó la existencia de simulación en la suscripción de los ya mencionados convenios, cuando en realidad correspondía suscribirse a un contrato de naturaleza laboral. Por tanto, se constató que existía una relación contractual laboral a plazo indeterminado.

5.5. Principio de Irrenunciabilidad de derecho

Para una mejor comprensión de este principio es necesario hacer ciertas precisiones. En primer lugar, se debe tener en cuenta que el derecho es un conjunto de normas, las cuales pueden ser clasificadas de dos formas, que sean normas dispositivas o normas imperativas. Por un lado, las normas dispositivas se refieren a que el propio titular del derecho puede hacer una elección si estar dentro del supuesto de esa norma o no. Por otro lado, las normas imperativas son normas de obligatorio cumplimiento en cualquiera de los supuestos.

En segundo lugar, se debe considerar que las normas jurídicas en torno al derecho del trabajo, en su gran mayoría, son normas imperativas. Entre estas tenemos las que consagran el derecho al sueldo mínimo, derecho a una jornada de trabajo, etc. En ese sentido, corresponde precisar que el principio de irrenunciabilidad del derecho opera sobre las normas imperativas.

Este principio también se encuentra establecido en el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política del Perú, estableciendo que el carácter irrenunciable de los derechos se encuentra reconocido por la Constitución y la ley.

El principio de irrenunciabilidad niega la validez jurídica a todo acto del trabajador que implique una renuncia a sus derechos laborales, constituyendo una limitación a la autonomía de la voluntad. Este principio busca evitar que el trabajador apremiado por la necesidad de conseguir o continuar con el empleo, acepte la imposición por parte del empleador de determinadas condiciones que vulneren sus derechos laborales, volviendo ineficaz la protección que la legislación le concede. (Casación 8571-2017. Pasco).

Por lo tanto, queda claro que el principio de irrenunciabilidad del derecho únicamente intervendrá en normas imperativas. Al respecto, es conveniente tener en consideración que no solamente se hace referencia a normas imperativas sino también a disposiciones de los contratos de trabajo, convenios colectivos que también contendrán disposiciones con distintas consecuencias jurídicas para los trabajadores.

Un caso que permite comprender sobre este principio es el siguiente: A Juan le queda pendiente ejercer su derecho al goce de vacaciones por 30 días. Su jefe Ramiro le pide que solo se tome 10 días de vacaciones, y que los 20 días restantes serán pagados por la empresa, debido a la elevada carga laboral, y al aumento de las ventas en la empresa. Juan quiere posicionarse en la empresa, y a futuro tener un mejor puesto de trabajo y un mayor sueldo, así que decide aceptar salir solo 10 días de vacaciones.

¿Es válida la renuncia de Juan a gozar de los 20 días restantes de vacaciones? La respuesta es negativa, porque la renuncia no puede ser válida teniendo en cuenta la existencia de un principio de irrenunciabilidad. Al respecto, es pertinente tener en cuenta que el artículo 19 del Decreto Legislativo N° 713 señala que los 30 días a los cuales tiene derecho el trabajador, a parte de ser una disposición de orden constitucional, solamente permite que de ese período total se pueda disponer solamente de 15 días; siendo esta una norma imperativa. En el caso en cuestión, Juan solamente podría disponer de 15 días de vacaciones.

Finalmente, es pertinente tener en consideración que los principios del derecho del trabajo son más de los abordados en la presente. En ese sentido, es importante realizar una revisión profunda de cada una de estos en aras de conocer su alcance y contenido.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. ¿Qué aspectos relevantes podría traer consigo para el empleador el principio de la primacía de la realidad?

Simplemente, adecuarse a las disposiciones normativas, sus alcances y que en la realidad pueda cumplirse cada una de ellas. Durante la ponencia fue mencionado el ejemplo de utilización de contratos temporales, entonces, qué lugar tiene el empleador frente al principio de primacía de la realidad, pues simplemente deberá verificar el cumplimiento de los requisitos de cada uno.

Ahora bien, si la pregunta es si el empleador puede aplicar el principio de primacía de la realidad o si esta es exclusiva del trabajador; se debe considerar que para la doctrina la respuesta sería positiva, ya que es un principio aplicable tanto a trabajadores como empleadores.

Como ejemplo de ello se tiene que, un empleador dentro de la organización interna de su empresa no ha clasificado a personal exento de obligación; sin embargo, como existe una Ley de competitividad laboral que señala cuáles son las características de un trabajador de confianza. En ese sentido, en caso de que el empleador no haya clasificado o no haya señalado que determinado trabajador es uno de confianza, pero que en los hechos sí lo sea, por ciertos contextos como el acceso a Know How de la empresa, a los aspectos industriales y a la toma de decisiones.

En ese orden de ideas, es posible sostener que, a pesar de que el empleador no haya designado formalmente al trabajador de confianza en su boleta de pago dentro de la política de categorización de puestos de trabajo, sucede que, dentro de la planilla de trabajo, dicho trabajador es un trabajador de

confianza bajo el principio de primacía de la realidad. Las consecuencias que se utilizan a partir de ello ya será otro tema, pero el principio de primacía de la realidad podría aplicarse para todos.

6.2. ¿Cuándo es posible aplicar el contrato por locación de servicios?

Ahora bien, en cuanto a la locación de servicios, es menester recordar que se rige bajo las normas del Derecho Civil, a pesar de que, a partir de las normas laborales, también se pueden usar contratos de locación de servicios porque existe un locatario y un locador, a quien se le encarga determinado producto, determinada elaboración o encomienda.

El principal tema es la estructura o la forma en cómo se lleva a cabo el proceso mismo. Suele suceder que, cuando se contrata a un trabajador bajo este tipo de contratos, se contrata a una persona como locatario que emita y reciba por honorarios; sin embargo, a este en la realidad de los hechos se le direcciona como si este fuese un trabajador, elementos propios de una relación laboral, hay una remuneración, hay una subordinación, es decir, se fiscaliza que cumpla con sus actividades y funciones así como el horario de trabajo que tiene, de ese modo, si se equivoca o comete infracciones a las disposiciones internas de la empresa, es sancionado.

Todos estos son elementos característicos de una relación laboral y, a la vez, son elementos que, en muchos casos, se dan en una locación de servicios aparente. Una locación de servicios debidamente llevada será aquella que sea totalmente autónoma, desligada de elementos de relación laboral, adscribiéndose única y exclusivamente al encargo dado por el contrato de locación de servicios.

6.3. En el caso de que se realice una convocatoria de trabajo en un casino para atender a los clientes en el cual expresamente dice que se necesita “señorita con presencia”, ¿usted considera que es una justificación objetiva?

No parece un criterio objetivo de selección. Al respecto, cabe tener en cuenta que la jurisprudencia ha considerado que situaciones donde se alude a la “buena presencia” solamente guardarán una relación objetiva siempre y cuando el conjunto de determinadas características, incluso de género, sean las adecuadas para poder satisfacer los objetivos que tiene el empleador, como, por ejemplo, lograr la mejor atención al público.

En ese sentido, en el caso concreto; según la jurisprudencia se tendrá que revisar: i) si específicamente cumple con el mandato objetivo, ii) si existe igualdad de oportunidades para todos, así como, iii) el análisis del puesto

de trabajo. Por ejemplo, la buena presencia en un casino donde las personas van a jugar, emplear los distintos mecanismos de juegos por parte del casino para señalar que se requiere “una persona con buena presencia” no parecería razonable porque no solamente está la venta y compra de productos, sino que se basa en el mismo juego.

Entonces, en base a lo desarrollado, en particular al principio de igualdad y no discriminación, específicamente en lo relativo a la igualdad sustancial y discriminación directa o indirecta, es posible señalar que no parecería justificable.

6.4. En caso de que el trabajador labore bajo contratos modales por más de 6 meses con un RUC, y firma contrato cada 3 meses (contrato modal, pero con otro RUC) pese a que la empresa es de la misma persona o del mismo familiar, ¿también se desnaturaliza?

En la propia ley de productividad y competitividad laboral, sea la modalidad que se utilice, existe un tope y un límite de 5 años. Es decir, dentro de los 5 años que el empleador pueda contratar a determinado trabajador, este puede utilizar dentro de dicho plazo múltiples contratos sujetos a modalidad (incremento de actividad, inicio de actividad, necesidad de mercado, etc.).

Ahora, esto no implica que, necesariamente, que sea objetivo la contratación, sino que adecuarse a la dimisión y a los requisitos de cada uno de ellos. Lo anterior se puede evidenciar en la realidad, porque para utilizar distintas modalidades, no solamente se debe cumplir con el principio de causalidad,

Por otro lado, si una persona suscribe un contrato con un nuevo RUC, aparentemente se está bajo un término de simulación porque se está haciendo referencia a otra persona jurídica. No obstante, puede darse el caso que dentro de un propio grupo de empresas donde existen distintas razones sociales o se haga referencia a la misma persona jurídica, a estos se le denomina “la búsqueda del empleador”, quién tiene el poder de dirección, quién dicta las órdenes, quién dicta las distintas disposiciones.

Entonces, aparentemente, bajo el ejemplo expuesto en la pregunta, habría una desnaturalización de ese punto, pero, solamente será verificable si se refiere a la misma personalidad que dicta las disposiciones, que tenga el poder dirección y que solamente esté cambiando de razones sociales, habría que verificar la causa objetiva y sería necesario identificar quién ostenta el poder direccional. Entonces, sí se darían las consecuencias del Artículo 77 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y el contrato del trabajo se desnaturalizaría.

La crisis de los principios del Derecho del Trabajo*

Francisco Javier Romero Montes**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Planteamiento / 2. Origen de los principios / 3. Los principios en el ámbito del derecho / 4. Los principios particulares en el derecho laboral / 5. La intervención del Estado / 6. La aparición del derecho del trabajo / 7. La enumeración de los principios / 8. El principio protector / 9. Principio “in dubio Pro Operario” / 10. Principio de la norma más favorable / 11. Principio de la condición más beneficiosa / 12. Principio de irrenunciabilidad / 13. Principio de continuidad de la relación laboral / 14. Principio de la primacía de la realidad / 15. Principio de razonabilidad / 16. Principio de buena fe / 17. La crisis de los principios laborales / 18. La afectación de los principios / 19. Citas bibliográficas.

1. Planteamiento

Toda disciplina jurídica, para existir, como disciplina autónoma requiere de principios que la sustenten. Eso sucedió con el derecho laboral cuando se desmembró del derecho civil en el siglo XIX. En la actualidad hay una tendencia contraria para que la relación entre trabajadores y empleadores vuelvan a ser reguladas bajo los criterios de la autonomía de la voluntad, del derecho civil, contradiciendo a los principios del derecho laboral.

El propósito del presente trabajo es el de exponer el rol de los principios laborales, el debilitamiento de los mismos, que han llevado a una situación de crisis al derecho del trabajo, originando su informalidad que afecta, entre otros, la economía del país.

* Escrito académico para el I Congreso Internacional de Derecho Laboral, Fiscalización Laboral, Seguridad y Salud en el Trabajo & I Congreso Nacional de Derecho Laboral, Porcesal del Trabajo y Promoción del Empleo, organizado por Amachaq Escuela Jurídica desde el 27 al 29 de octubre del 2022.

** Profesor Extraordinario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

2. El origen de los principios

Se sostiene que un pensador presocrático como Anaximandro habría usado la palabra “principio” para describir el carácter del elemento, al cual se reducen todos los demás. Es decir, estaríamos hablando de “principio” “del cual derivan todas las demás cosas. En consecuencia, “principio” sería, pues, básicamente principio de la realidad.

Pero al margen de esta consideración, también se puede proponer una razón por la cual todas las cosas son lo que son. Entonces, el principio no es el nombre de ninguna realidad, sino que describe el carácter de una cierta proposición: la proposición que “da razón de”.

De esta manera, el concepto de “principio” tendría dos aspectos. El primero, el principio como realidad o principio del ser, al que los escolásticos denominaron principium essendi. El segundo, es el principio como razón, al que también, los mismos escolásticos llamaron principium cognoscendi.

Si nos concretamos a los principios cognoscendi podemos dividirlos en dos clases: a) los principios comunes a todas las clases de saber y, b) los “principios propios” de cada clase de saber. A los primeros, se les suele llamar también principios primeros y, a los segundos, principios propios de cada ciencia¹.

3. Los principios en el ámbito del derecho

Como ya lo hemos visto, hay “principios comunes” aplicables a todas las ramas del derecho, que son los principios generales del derecho. Pero también, podemos hablar de los “principios propios” que se aplican a cada rama jurídica, de donde le viene su autonomía.

A continuación, recurriremos a señalar algunos preceptos jurídicos que lo encontramos en la legislación. De dicho señalamiento podremos derivar algunas consideraciones conceptuales a cerca de lo que son los principios generales del derecho y los principios propios del derecho laboral.

El artículo 139, inciso 8 de la Constitución establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional “el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la Ley”. En tal caso, debe aplicarse los principios generales del derecho.

¹ Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1944. Tomo II. Págs. 2907 y 2908.

Por su parte, el Código Civil peruano, en el Art. VIII del Título Preliminar, dispone que “los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la Ley”. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano. Los Códigos Civiles como el español, el italiano y la Ley Federal de Trabajo mexicana, señalan criterios parecidos a la legislación peruana.

Lo anterior significa que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por ausencia de la norma. En tal caso, deben apelar a los principios generales del derecho, con lo cual cumplen su función de administrar justicia. Este es un requerimiento que los jueces deben cumplir en su condición de tales. Jamás un Juez puede evadir su rol bajo la justificación de la ausencia de las normas jurídicas. Por el contrario, el sistema jurídico ofrece una solución a cualquier clase de conflicto que se genere en las relaciones sociales. Pero los sistemas jurídicos no nos precisan dónde se encuentran tales principios.

Es aquí, donde surge la pregunta a cerca de la naturaleza de los principios. Lo primero que apreciamos, es que no se trata de normas escritas. Si fueran tales, estaríamos frente a normas legales o proclamas escritas. Así, por ejemplo, se nos dice que son verdades anteriores y superiores a la norma legal, su fundamento último y primordial se encuentra dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino, como lo sostiene Carnelutti, se trataría pues del espíritu o esencia de la ley.

Aquí, es oportuno señalar que la doctrina afirma que para explicar este problema existen las teorías del naturalismo y del positivismo. El derecho natural menciona a la ley natural como fuente de los principios, que estaría impregnada en la mente del hombre por ser este una creación de Dios. Se trata pues de un reflejo de la ley eterna. En cambio, para la corriente positivista, los principios son creaciones del hombre que a través de su historia los ha ido creando para dar respuestas a los requerimientos sociales que tienen su origen en sus necesidades humanas.

De ahí que, el Código Austriaco de 1797 fue uno de los que primero hablaron de los “principios generales y naturales del derecho”. Posteriormente, el Código de 1811, del mismo país, se refiere concretamente a los “principios naturales”, señalando en su Art. 7mo., que no pudiendo ser resuelto un caso, ni por las palabras, ni por el sentido natural de una ley, ni por la jurisprudencia, ni por la analogía, deberá decidirse de acuerdo a los principios naturales del derecho².

² Torres Vásquez, Aníbal, *Introducción al Derecho – Teoría General del Derecho*, Palestra Editores, Lima, 1999. Pág. 548.

Estos enunciados que aparecen en las normas llevan a juristas como Del Vecchio a sostener que los principios son superiores al orden positivo escrito y si bien no pueden destruir las normas vigentes, tienen valor “sobre y dentro de tales normas”, puesto que representan la razón suprema y el espíritu que las informa³.

Frente a la tendencia naturalista, los positivistas consideran que los principios generales son los inspiradores del derecho positivo, los elaborados o acogidos por la ciencia del derecho, o que resulten de los imperativos de la conciencia social⁴. Estos principios deben de estar inmersos en el sistema de derecho positivo y deben estar reconocidos en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia.

De ahí que, Carnelutti afirme que los principios están dentro del derecho escrito como el alcohol está dentro del vino; representan el espíritu o la esencia de la Ley y replicando al naturalismo o historicismo, asevera que la historia o la filosofía no son aquello de donde se extraen, sino, eventualmente, aquello con que se extraen los principios generales de las normas constituidas, es decir, medios para la interpretación de éstas⁵.

Otros autores, como Sánchez Roman consideran a los principios como axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones, es decir, las reglas del derecho. Igualmente, se sostiene que los principios son dictados de la razón, admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones. También consideran como normas generales del derecho, como sinónimo del derecho científico⁶.

En conclusión, podemos afirmar que el tema de los principios es muy discutido y discutible que van desde las consideraciones a priori, como el caso del iusnaturalismo, hasta los enfoques a posteriori, que son abstracciones, tal como piensan los positivistas.

Nosotros, sostenemos que el derecho del trabajo tiene un inicio histórico que se presenta como un requerimiento social, debido a que las relaciones sociales se alteran, se desordenan y deja de existir el orden, el bienestar social. Consecuentemente, la comunidad adoptará y adaptará, lo que Kelsen denomina reglas de derecho, que dará lugar a las normas jurídicas y de esa manera, volverá a imperar el bienestar social. En tal sentido, la regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto, que la norma jurídica es un acto de voluntad.

3 Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, Bosch, Barcelona, 1948. Pág. 51.

4 Marín Pérez, Pascual, *Introducción a la ciencia del derecho*. 4ta Ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1979. Pág. 68

5 Torres Vásquez, Aníbal, *Op.cit.* Pág. 550.

6 Cabanellas, Guillermo, *Diccionario del Derecho Usual*, Tomo II, Omeba Editores, Buenos Aires, 1962. Pág. 382.

Las reglas de derecho no son creadas por voluntad del Estado ni por actos jurídicos, es decir por individuos que posean calidad de órganos o de miembros de una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que estudian. Estas reglas de derecho darán lugar a las normas jurídicas que son imperativas, mientras que las reglas de derecho son más bien juicios hipotéticos, antes que imperativas⁷.

De manera que los principios son reglas de derecho, que en algunos casos se positivizan en normas jurídicas y en otros no alcanzan esa precisión. Por eso, para establecer una disciplina jurídica, primero tiene que plasmarse las reglas de derecho, luego vendrá la normatividad jurídica.

4. Las causas de los principios particulares en el derecho laboral

En la primera parte del presente trabajo, dijimos que los principios podían ser “comunes a todas las clases de saber” y “los principios propios” de cada clase de saber. Los primeros, ya lo hemos tratado en el punto anterior. En esta ocasión veremos los principios propios que conciernen al derecho del trabajo.

Cuando uno afirma que el derecho del trabajo es una disciplina que difiere de las demás normas jurídicas, significa que la misma tiene su autonomía que se asienta en sus propios principios. Las primeras manifestaciones se producen en la sociedad industrial hacia la mitad de siglo XIX y desde entonces adquiere su desarrollo. Antes de la revolución industrial, existió la prestación de servicios por cuenta ajena, la misma que tuvo características diferentes al significado que le atribuyó el derecho del trabajo.

Como ejemplo podemos señalar, el régimen esclavista de la antigüedad, los regímenes de trabajo del mundo romano, cuya principal figura es “la locatio” o la forma feudal de trabajo de la edad media, hasta encontrar el trabajo asalariado inspirado en los principios de libertad e igualdad de la Revolución Francesa.

Con la Revolución Francesa se inició el funcionamiento, en el campo económico, de la ley de la oferta y la demanda, bajo la proclama de “laissez faire laissez passer” dentro de una concepción utilitaria de las realidades y de los valores.

⁷ Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho. Eudeba, Buenos Aires, 1963, Traducción de Moisés Nilve. Págs. 46 y 47.

En lo político, se consagran los principios de libertad e igualdad, cuya doctrina la aportan pensadores como Locke, Rousseau y Montesquieu, dando lugar al liberalismo individualista.

En lo jurídico se pone en boga el imperio de los dogmas de libertad contractual y autonomía de la voluntad, que se materializa en el Código de Napoleón.

Así, con el advenimiento del triunfo del maquinismo, al inventarse la lanzadera volante de Kay y la máquina a vapor de Watt se consagra la revolución industrial que dio lugar al despoblamiento del campo para dar inicio a las grandes ciudades, donde se concentraron los trabajadores para ser los artífices de la producción en serie, y dar nacimiento a la empresa fordista.

Durante este período, las relaciones laborales eran catalogadas como arrendamiento de servicios y, por lo tanto, comprendidas dentro de los códigos civiles. El trabajo subordinado no se logró captar y por eso comenzaron los abusos por parte de los empresarios y se produjo una verdadera explotación de la mano de obra. El derecho del trabajo por entonces no asomaba como una disciplina autónoma que pusiera fin a este sistema de explotación.

5. La intervención del Estado

Los inconvenientes antes descritos, dio lugar a lo que en la historia universal se denomina “la cuestión social”, originada por la crisis del sistema liberal que no pudo resolver el desorden y la inseguridad reinante. Todo esto dio lugar a que los empresarios solicitaran al Estado su intervención para imponer la paz y el orden necesarios para seguir funcionando. Por su parte, la clase trabajadora, también aceptaba esta intervención para poner fin a la sobreexplotación de la cual eran víctimas. De esta manera, el Estado adquiere la conciencia de deber, asumiendo funciones de custodia del orden colectivo, más amplias que las del orden público.

6. La aparición del derecho del trabajo

La intervención del Estado y de los grupos sociales en el orden civil individualista concretamente en los preceptos reguladores de las relaciones de trabajo, tuvo importancia decisiva en la aparición del derecho laboral.

El derecho civil tenía sus propios principios como la autonomía de la voluntad, la igualdad de los contratantes, la ausencia total del Estado en las relaciones contractuales, los mismos que resultaban incompatibles con la nueva disciplina jurídica que se iba delineando, como eran la desigualdad entre contratantes, intervención del Estado tutelando a la parte débil, la voluntad de la ley que en parte sustituya a la voluntad de los contratantes.

Esto significa que el trabajo como objeto de relaciones jurídicas debe ser tratado como trabajo independiente, por un lado; y el trabajo subordinado, objeto de este nuevo tratamiento, que elabora sus propios principios para el logro de su autonomía científica.

Esos principios, que en adelante corresponderán al derecho del trabajo, son líneas directrices o postulados básicos que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo, con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del derecho⁸.

De ahí que cuando se afirma la autonomía del derecho del trabajo, se sostiene generalmente que éste tiene principios propios que no son aplicables a otras ramas del derecho. El derecho del trabajo como sostiene Gerard Lyon Caen⁹, está ligado a la búsqueda de conceptos claves de directivas latentes, no siempre expresadas en los textos normativos ni en los fallos, que no se pueden leer sino entre líneas, que son como una especie de derecho no dicho. Esos son los principios del derecho del trabajo.

El profesor Amauri Mascaro Nascimento¹⁰ enfoca el tema de los principios teniendo en cuenta la concepción jusnaturalista y positivista. Según la primera, los principios son meta - jurídicos; se sitúan por encima del derecho positivo, sobre el cual ejercen una función correctiva y prioritaria, prevaleciendo sobre las leyes que les son contrarias, lo que el derecho positivo no puede hacerlo. En cambio, para el positivismo los principios están situados en el ordenamiento jurídico, en las propias leyes en las cuales se plasman como reglas, pero positivas, colocadas dentro del orden jurídico, donde deben ser buscados, y no por encima de él.

El profesor Jorge Rendón¹¹ sostiene que los principios son lineamientos u orientaciones sobre la interpretación y el sentido de las normas dadas o por darse, en cuanto a su alcance, significación o contenido, o sobre la manera de resolver determinadas situaciones no prescritas por las normas y la consideración de los hechos en las controversias entre empleadores y trabajadores.

Por su parte, el profesor Gaspar Bayón Chacón¹² sostiene que los principios del derecho son simples postulados que sociológicamente primero y jurídicamente después, por disposiciones legales y por resoluciones judiciales, se han convertido en criterios de orientación del legislador y del

8 Alonso García, Manuel, *Curso de Derecho del Trabajo*, Editorial Ariel, Barcelona, 1975. Págs. 86 y ss.

9 Les principes généraux du droit du travail français contemporain, *Etudes Offertes a G.H. Camerlynck*, Dalloz, París, 1978. Pág. 45.

10 *Teoría General del Derecho del Trabajo*, Editora LTR, Sao Paulo, 1999. Pág. 215.

11 *Derecho del Trabajo – Teoría General I*, 2da. Edición. Grijley, Lima, 2007. Pág. 94.

12 *Manual de Derecho del Trabajo*, Tomo II, Madrid, 1976. Pág. 233.

juez en defensa de la parte que se estimó más débil en la relación laboral para restablecer con un privilegio jurídico una desigualdad social. Algunos de estos principios han llegado a obtener reconocimiento legal; otros son solo criterios de orientación del juez o del legislador. Los primeros llegan a ser fuentes del derecho en forma directa; los segundos, son simples postulados o mandatos morales para el logro de la realización de las concepciones de justicia social.

Así, en la legislación peruana se han contemplado, a nivel constitucional, los siguientes principios: 1) Igualdad de oportunidades sin discriminación; 2) Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley; 3) Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma (Art.26). De igual manera, el Art. 4 del Decreto Legislativo 728 dispone que en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinado, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

7. La enumeración de los principios

Existen diferentes enumeraciones de los principios del Derecho Laboral, lo que significa que el señalamiento de las mismas obedece a las diversas opiniones que tienen los tratadistas. Así, por ejemplo, Américo Plá Rodríguez¹³, propone los siguientes principios:

I. El principio protector dentro del cual se ubican las reglas del i) in dubio pro operario; ii) la aplicación de la norma más favorable; iii) la condición más beneficiosa.

II. El principio de irrenunciabilidad de los derechos.

III. El principio de la continuidad de la relación laboral.

IV. El principio de la primacía de la realidad.

V El principio de la razonabilidad.

VI. El principio de la buena fe.

VII. El principio de no discriminación.

Por su parte Alonso García¹⁴ propone los siguientes principios: pro-operario, de la norma más favorable, condición más beneficiosa, irrenunciabilidad de derechos y el principio de continuidad de la relación.

¹³ Los Principios del Derecho del Trabajo, 3era Ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998. Pág. 39

¹⁴ Op.cit. Pág. 301.

El profesor Jorge Rendón¹⁵ considera como principios del derecho del trabajo el *in dubio pro operario*, el de la condición más beneficiosa, el de igualdad de la remuneración, el de la inalterabilidad de las remuneraciones y condiciones de trabajo en beneficio del trabajador, el del rendimiento, el de la probidad y el de la primacía de la realidad. Agrega también, que la mayoría de estos principios han sido incorporados, en el Perú, al ordenamiento jurídico como normas, en cuyo caso han dejado de ser reglas de derecho para convertirse en normas jurídicas, tal como lo sostiene Kelsen.

Finalmente debemos señalar, que el derecho colectivo del trabajo y el derecho procesal laboral, también tienen autonomía y, por lo tanto, también tienen sus principios que forman parte de los principios del derecho del trabajo¹⁶.

8.- El Principio Protector

Los principios de la Revolución Francesa sostienen que todos los hombres nacen libres y por lo tanto son iguales. Sin embargo, la Revolución Industrial nos mostró una faceta distinta en la que aparece la figura del patrón o empleador con una superioridad social y económica frente al trabajador. El derecho civil, cuyo principio por excelencia es la autonomía de la voluntad, no fue capaz de que los principios de la Revolución Francesa funcionaran realmente en las relaciones entre trabajadores y empleadores. La consecuencia social fue la sobreexplotación del trabajador que es la parte débil frente al principal, que era la parte fuerte que aparece con un absolutismo patronal.

Para solucionar esta situación se crea el derecho del trabajo con una finalidad muy concreta: Crear condiciones que superen esta desigualdad mediante la intervención del Estado que crea dispositivos legales que protejan al trabajador. Es por eso que el principio protector es fundamental, de donde se desprenden otros principios que también apuntan a proteger al trabajador. Como muy bien señala Américo Plá, el principio protector constituye “el núcleo central y básico del sistema”. De no existir este problema de desigualdad, es posible que el derecho del trabajo no hubiera aparecido.

Este principio se expresa, según Plá, a través de los principios operativos “*in dubio pro operario*”, “la aplicación de la norma más favorable” y “la condición más beneficiosa”.

15 Op.cit. Págs. 96 y 97.

16 Puede verse del autor Derecho Procesal del Trabajo, 3era Edición, Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2005.

9. Principio “In dubio Pro-operario”

Para tratadistas como Américo Plá, el “in dubio pro operario” no es sino una regla del principio protector. Este último se puede expresar de tres formas diferentes; una de las cuales es la regla del in dubio pro operario, que es un criterio que debe utilizar el juez o el interprete para elegir, entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador. Los otros principios que se derivan del principio protector son la aplicación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa.

De acuerdo al principio protector, mientras que en el derecho común, una preocupación constante es asegurar la paridad jurídica entre los contratantes, en el derecho laboral la preocupación central es proteger a una de las partes, para equilibrar la desigualdad que puede acarrear la paridad del derecho común. En las relaciones laborales, el trabajador es la parte débil frente a la potestad del empleador. Es por eso que para atenuar esa desigualdad se han creado las tres reglas a las que se refiere Américo Plá¹⁷.

Al principio protector, algunos autores lo denominan de otra manera, tales como Juan Menéndez Pidal que nos habla del principio tutelar, o el profesor Russomano que se refiere al principio de protección tutelar, o Kaskel – Dersch que nos habla del principio protectorio.

No cabe duda, que el in dubio pro operario constituye una manifestación general de protección reconocida a favor del trabajador como una de las partes que es la más débil en la relación de trabajo.

En la Constitución Peruana, Art. 26, inciso 3, se encuentra recogido el principio in dubio pro operario, en los siguientes términos: En la relación laboral, entre otros, se respeta el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma. En consecuencia, en la legislación peruana el principio es una norma jurídica y por lo tanto, de obligación aplicable por parte del juez o del intérprete.

La Constitución plantea el precepto en términos muy concretos. Para que se dé la protección a favor del trabajador es indispensable la existencia de la duda insalvable sobre el sentido de la norma. De lo que se trata, es de la interpretación de la norma jurídica. Es decir, la duda solo cabe en el momento que el intérprete encuentra dos sentidos, que le crea incertidumbre, a cerca de cuál debe aplicar. Esto quiere decir, que no procede en la apreciación de la prueba. Una cosa es la interpretación de la norma para decidir su alcance y otra, muy distinta, la apreciación de un medio probatorio para decidir la litis.

¹⁷ Op.cit. Pág. 61.

Es precisamente en este punto que se diferencia el *in dubio pro operario* del *in dubio pro reo*, que se da en el derecho procesal penal. Es frecuente en la jurisprudencia penal, en los delitos contra la libertad sexual, cuando la víctima le atribuye responsabilidad al victimario y éste último lo niega. En este caso, el juez exime de responsabilidad al supuesto victimario, en razón de existir duda por la falta de prueba. El tratamiento es diferente en el derecho laboral, en un caso similar. Así, si un trabajador acusa a su empleador de haberlo despedido y éste niega tal afirmación, el Juez no podría darle la razón al trabajador, porque no se trata de duda en la interpretación de la norma jurídica, sino en la prueba del despido. Si el trabajador no prueba el despido se absuelve al empleador. Esta es la reiterada jurisprudencia en el derecho laboral. En conclusión, el *in dubio pro operario* es muy concreto, mientras que el *in dubio pro reo* es mucho más amplio.

En la aplicación de este principio, como sostiene Plá, no se trata de corregir la norma ni siquiera de integrarla; solo cabe utilizar el principio cuando existe una norma y únicamente para determinar el verdadero sentido, cuando se presenta más de uno. De manera que, cuando hay ausencia de norma, no se puede recurrir a esta regla para llenar el vacío que no contempló el legislador. Tampoco es posible, apelar a esta regla para apartarse del significado claro de la norma; menos para atribuirle a la norma un sentido que no se puede desprender de ninguna manera de su texto ni de su contexto¹⁸.

También Mario de la Cueva¹⁹, al comentar este principio sostiene que el mismo es muy exacto siempre y cuando exista una verdadera duda a cerca del valor de una cláusula de un contrato individual, o colectivo, o de la Ley, pero no debe ser aplicado por las autoridades judiciales para crear nuevas instituciones.

Para Mario Deveali²⁰, las condiciones de la aplicación de este principio depende de que exista una duda sobre el alcance de la norma legal; por otra parte, considera que la aplicación del principio no esté en pugna con la voluntad del legislador. Respecto a la primera circunstancia, lo señalado nos parece suficiente.

Respecto a la segunda condición, sostiene que más que de una interpretación literal se debe preferir aquella que parte de la voluntad del legislador, es decir, tener en cuenta el espíritu de la Ley. Eso nos podría llevar a la

18 Op.cit. Pág. 88.

19 Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo I, México DF, 1943. Pág. 334.

20 "La Interpretación de la Leyes del Trabajo" publicada en la Revista de Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1948. Pág. 160.

conclusión de que la Ley ha intentado no solo contemplar los intereses de los trabajadores, sino armonizar los intereses obreros patronales con los de la colectividad, teniendo en cuenta una finalidad social.

Pero la aplicación de este principio tiene también algunos detractores como Luis Ramírez Bosco²¹ quien sostiene que el principio *in dubio pro operario* contiene una cierta contradicción lógica y hasta facilita un modo de resolver que puede rebajar o desprestigiar la función judicial. Parte sosteniendo que la duda de derecho no existe, técnicamente, para un Juez que en ejercicio de su función jurisdiccional esta para decir el derecho y no para opinar sobre el mismo.

El Juez como todo ser humano puede tener dudas, pero exhibirla públicamente, sin exhibir las vías de solución es aportar un desprestigio público de la función judicial. Termina sosteniendo el autor, que el principio *in dubio* referido a la duda de derecho se propone resolver el problema que plantea el derecho y que consiste en que los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

A manera de ejemplo, podemos señalar el fundamento que el Tribunal Constitucional ha elaborado para la aplicación de este principio, en la sentencia del 2 de abril de 1998, recaída en el expediente N° 990-AA/TC. El texto es el siguiente “(...) Que, de autos se aprecia que el actor fue calificado por su jefe inmediato con treinta y dos puntos, tal como consta del documento que corre en autos a fojas ciento cuarenta y ocho y luego esta puntuación fue modificada a veinticuatro puntos por el jefe inmediato superior, entiéndase que el jefe inmediato es el que labora directamente con el trabajador y, como tal, es el facultado a calificar, así se establece en el Reglamento de Evaluación, no obstante también puede entenderse que el jefe inmediato superior sí puede ratificar “contrario sensu”, también puede no hacerlo como sucedió en el presente caso, pero al no existir norma que indique tal opción, por la regla del “*in dubio pro operario*” se debió promediar ambas calificaciones, obteniendo como resultado veintiocho puntos, el cual hubiese permitido que el actor continúe trabajando, ya que su nota hubiese sido aprobatoria; en tal sentido en mérito a este principio constitucional consagrado en el inciso 3) del artículo 26° de la Carta Magna vigente, la presente acción resulta fundada.

10. Principio de la norma más favorable.

Aquí se trata de resolver un conflicto de normas que se produce cuando dos o más de éstas regulan simultáneamente el mismo hecho, de modo incompatible entre sí. En tal situación, el problema central es el de selec-

²¹ “Los Principios del Derecho del Trabajo” publicado en la Revista Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1983. pág. 649.

cionar la norma aplicable. Este es un tema planteado en la teoría general del derecho que propone tres criterios sucesivos para la determinación de la norma aplicable, que son la jerarquía de la norma, la especialidad de la norma y la temporalidad de la misma. De suerte que si la norma divergente tiene rango distinto, debe preferirse la de mayor jerarquía frente a la inferior. Por el contrario si ambas tienen el mismo rango la escogida será la de alcance especial sobre la general. Pero, si tienen igual ámbito, esto es ambas son especiales o generales, debe preferirse la posterior sobre la anterior.

El derecho del trabajo a su vez ha formulado un principio específico para la solución del conflicto que se denomina la aplicación de la norma más favorable. Así cuando dos normas regulen incompatiblemente el mismo hecho, debe escogerse a la que conceda mayores ventajas para el trabajador.

11. La condición más beneficiosa

El principio de condición más beneficiosa, por lo general es de carácter contractual. Conforme al mismo los sujetos del contrato de trabajo pueden de mutuo acuerdo, o por decisión unilateral del empresario, establecer condiciones de trabajo más favorables que las establecidas en las normas legales y convencionales reguladoras de una concreta relación de trabajo, prevaleciendo las primeras sobre éstas. El fundamento está en la consideración de que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos.

Pero el problema de la condición más beneficiosa no solamente se da en el ámbito de lo contractual, sino también en la sucesión de las normas legales cuando se recurre a la derogación y a la modificación de la norma. Como se sabe, por la primera se elimina el precepto sin ser reemplazado por otro. En el segundo caso, la nueva regulación sustituye a la anterior. Pues bien la sustitución puede ser de mejora o de disminución. El problema central se presenta cuando se produce una disminución, respecto de los beneficios que el trabajador antiguo venía percibiendo y que ahora se rebaja o suprime.

Sobre el particular, nuestro ordenamiento legal no ha mantenido un comportamiento uniforme durante los últimos veinte años. A partir de la vigencia de la Constitución del año 1993 se han presentado contradicciones. En unos casos se han respetado los derechos adquiridos como sucede con

la parte contractual establecida en el artículo 62 de la Carta. En otros casos, no se ha respetado este derecho, tal como ha sucedido con los pensionistas. De esta manera el principio ha sido violentado sin ningún reparo.

12. Principio de irrenunciabilidad

Se trata de la imposibilidad legal del trabajador a renunciar a los derechos establecidos en su favor, tanto por la Constitución, la ley y los convenios, lo que constituye una base firme donde se asienta el derecho del trabajo. Es alrededor de este principio que se ha constituido la no disponibilidad, por parte del trabajador, y la obligación del empleador de respetar su contenido, teniendo en cuenta que las normas laborales están dotadas de un mandato imperativo.

No podría ser de otra manera si se tiene en cuenta que el derecho del trabajo es protector de la parte más débil, que es el trabajador, que busca atenuar la desigualdad entre los sujetos del contrato de trabajo. Para lograr tal propósito es que el derecho le priva al trabajador de la capacidad de renunciar o disponer de ese mínimo de beneficios que las normas le acuerda.

La Constitución peruana establece en su artículo 26°, inciso 2 la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. No dice nada a cerca de los convenios colectivos que es una fuente de derecho del trabajo fundamental. Consideremos que debió haberlo precisado. En todo caso, no hay que olvidar que los acuerdos a los que arriban trabajador y empleador, en la negociación colectiva, tienen una naturaleza de cláusulas normativas que imperan en un centro de trabajo, lo que significa que los beneficios que se obtengan pueden ser revisados, modificados y ampliados por mutuo acuerdo en las medida que son disponibles lo que no le quita su carácter de irrenunciables. Por el contrario, son formas para mejorar la situación del trabajador y no para empeorarlas. Se trata de una dinámica que está destinada al desarrollo del trabajador. La norma imperativa establecida por la ley constituye la base a la que las partes deben someterse. El Convenio Colectivo, jamás puede ser una vía para destruir lo que la norma imperativa ha consagrado, sino para mejorarla. Esa es la esencia del derecho del trabajo.

13. El principio de continuidad de la relación laboral.

Cuando hablamos del contrato de trabajo como base para ingresar al derecho del trabajo, no nos estamos refiriendo a un contrato similar al contrato establecido en el Código Civil, que busca proteger los intereses personales de los contratantes y en ese sentido se busca su fiel cumplimiento. El derecho del trabajo ha creado su propio contrato que tiene características y

propósitos distintos. No es el contrato que imperó durante la revolución industrial que ponía en igualdad de condiciones al trabajador y al empleador, a pesar de que su realidad era distinta. Justamente, la nueva disciplina que es el derecho del trabajo crea el contrato de trabajo, cuyo objetivo es el conseguir un equilibrio real de los contratantes.

Dentro de esas peculiaridades del contrato de trabajo está el principio de continuidad de la relación laboral, que consiste en que trabajador y empleador convienen en poner fin al contrato cuando sobrevengan circunstancias que imposibiliten o hagan incompatible las relaciones entre los sujetos del contrato de trabajo. Por sobre el trabajador está su libertad para trabajar o dejar de hacerlo. Superada la etapa del esclavismo, a nadie se le puede obligar a que preste servicios si no lo desea. Es por eso que el derecho del trabajo permite la renuncia del trabajador.

Distinta es la situación del empleador, quien se compromete a proporcionar trabajo, en la medida que naturalmente pueda hacerlo y siempre que ambas partes no le hayan puesto un plazo resolutorio. De ahí que el artículo 4° del Decreto Legislativo 728 ordene que “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”. Como se puede apreciar, en este dispositivo está inmerso el principio de continuidad, lo que no significa que el trabajador se haya “comprado” el puesto de trabajo. Por el contrario, esto no es incompatible con que la norma jurídica lo establezca en qué casos la relación laboral llegue a finalizar, de manera que las partes sepan a qué atenerse en el futuro.

En aplicación de este principio, hoy se discute sobre el tema de la estabilidad laboral y la potestad del empleador de poner fin al contrato de trabajo cuando lo crea conveniente, aunque el trabajador no lo acepte. Los trabajadores peruanos sostienen que esas causales deben estar fijadas previamente en la ley, en cuyo caso el despido será justificado o motivado. Por el contrario, los empleadores proponen el despido sin causa con el pago de una indemnización por la arbitrariedad del despido.

Ante esta situación, es necesario señalar que el artículo 27° de la Constitución dispone que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. En diferentes acciones de amparo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la Constitución prohíbe el despido arbitrario y que por lo tanto resulta inconstitucional cualquier norma legal subalterna que autorice tal comportamiento. En consecuencia la Constitución peruana está inspirada en el principio de continuidad, que hace de la relación de trabajo un acto jurídico de ejecución duradera, salvo que las partes le pongan un límite a la duración del contrato de trabajo.

14, Principio de primacía de la realidad

También se le suele denominar principio de la veracidad. Se trata del instrumento procesal que debe utilizar el magistrado al momento de resolver un conflicto dentro de un proceso. De manera que hablar de un descubrimiento de la verdad o primacía de la realidad es fundamental en la operatividad del principio. Esta tarea es cada vez más frecuente en la medida que van apareciendo situaciones de simulación con el propósito de apartar las relaciones de trabajo del ámbito del derecho laboral, para ubicarlas en ámbitos distintos que no reconocen beneficios laborales. Tal sucede, por ejemplo con contratos parecidos al contrato de trabajo como son la locación de servicios, los servicios no personales, la locación de obra, el contrato de intermediación o de tercerización.

Por eso, el mismo Plá Rodríguez lo conceptúa como una discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos. En este caso, debe darse preferencia a la realidad de los hechos.

Buscar la primacía de la realidad significa que el magistrado o el abogado, al aplicar el derecho descubra la naturaleza de las labores y no se quede en el nombre del contrato. Se trata, pues, de encontrar el ser de la relación social que pueda estar escondido por el simple parecer que busca justamente esconder la relación real. Esa relación se denomina subordinación o dependencia, que tiene manifestaciones fenomenológicas o sensibles a las cuales se recurre para encontrar la realidad.

Lo anterior significa que la realidad no puede ser un tema subjetivo, por el contrario, de lo que se trata es de fijar los límites de esa verdad, es decir que se convierta en algo objetivo que supere a las subjetividades. De manera que la primera tarea será ubicar ese perfil objetivo, analizar la imperatividad del mismo y su irrenunciabilidad por parte del trabajador, el contrato de trabajo que canaliza la veracidad o primacía de la realidad, las formas a través de las cuales se desnaturaliza esa realidad y la correspondiente solución mediante la aplicación del principio, sobre cualquier hecho o circunstancia que trate de oscurecer la transparencia.

15. El Principio de razonabilidad

Para entender este principio, veamos las consideraciones de Américo Plá quien sostiene que la razonabilidad consiste en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón. Se trata de una especie de límite o de freno formal y elástico al mismo tiempo, aplicable en aquellas áreas del comportamiento

donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro y, sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles.

Si tenemos en cuenta que las relaciones en el derecho laboral son muy conflictivas, surge para ambas partes la necesidad de la razonabilidad para poner fin a esa conflictividad. Llevado al mundo de la práctica, significa que debe existir razonabilidad en las pretensiones de los trabajadores, al igual que en el ofrecimiento de los empleadores. La razonabilidad los acerca a ambas partes para encontrar la solución. Por el contrario, lo irrazonable sirve para agudizar el conflicto.

16. Principio de buena fe

Las relaciones de trabajo tienen un carácter personal y sinalagmático. Por lo tanto, está de por medio la conducta de los sujetos, quienes deben actuar de buena fe, que implica lealtad, honestidad y honradez en el cumplimiento de sus obligaciones. En tal sentido, el trabajador debe cumplir con su labor prestando sus servicios de la mejor manera; por su parte, el empleador debe abonar todos los derechos que le corresponde a la otra parte.

Así, no es posible el fraude entre ambas partes, toda vez que el contrato de trabajo no lo permite. El trabajador que debiendo producir, no lo hace, afecta el principio de la buena fe. De igual manera, actúa de mala fe el empleador que mediante simulación, sale de los alcances del contrato laboral.

17. La crisis de los principios laborales

Los principios antes señalados fueron la base del nacimiento del derecho del trabajo, caracterizado por la desigualdad entre empleadores y trabajadores, a pesar del pronunciamiento de la revolución francesa que sostenía que todas las personas eran libres e iguales. Consecuentemente, los empresarios y sus servidores podían discutir, de igual a igual, las condiciones de sus relaciones. Lamentablemente esto fue un simple enunciado que llevado a la práctica no servía sino para la sobreexplotación del trabajador.

Por otro lado el modelo productivo implantado por la revolución industrial obedecía a un paradigma de la producción en serie, que se aleja del trabajo individual para dar paso al trabajo social, es lo que se conoce con el modelo del fordismo, Nace así la empresa concentrada y centralizada con multitud de trabajadores, que encuentran un ambiente propicio para la formación de los sindicatos que se encargan de equilibrar el poder de los empleadores, lo que redundaba en una capacidad negociadora para acumular derechos laborales, debidamente protegidos por el derecho laboral.

La crisis del petróleo del año 1975, el cambio tecnológico de la producción y el renacimiento del liberalismo abren paso al modelo liberal, que se sustenta en las leyes del mercado como son la oferta y la demanda perdiendo su vigencia el Estado protector, con lo cual se puso fin al esquema laboral tradicional y a sus propios principios. En su lugar, se crea una nueva alternativa bajo la denominación de flexibilidad laboral que busca cambiar, según se dice, la rigidez imperante del modelo tradicional. Frente a tal presión, no aparece antitesis alguna. Por el contrario, se sostiene que no se puede detener el cambio legislativo y que lo único que queda por hacer es, por lo menos, defender los principios que sustentó el modelo tradicional.

La solución propuesta es impracticable, debido a que la nueva alternativa no sólo ha dictado dispositivos legales, sino que ha atacado los propios principios tradicionales, dando lugar al modelo laboral flexibilizado, inspirado en la productividad y la competitividad, con mayores facultades disciplinarias del empleador para un mayor sometimiento del trabajador y deteriorando la imagen del sindicalismo. A continuación veamos de qué manera han sido afectados los principios del modelo tradicional.

18. Afectación de los principios

Como ya dijimos, cuando se crea el derecho del trabajo, emerge como una novedad el principio protector, que tenía por objeto suprimir la desigualdad entre trabajador y empleador, protegiendo al primero que era la parte más débil. Este principio ha sido el más afectado por el nuevo modelo de flexibilización, que propicia la informalidad. Tal acontecimiento se ha producido debido a la descentralización de la empresa, que anula el paradigma productivo tradicional del trabajo social, para entrar en el sistema de la globalización, que busca una mayor productividad. Para el efecto, se hace funcionar en red varios elementos, varias personas, varios trozos de empresas o varias empresas para hacer algo juntos, contando con la ventaja de la flexibilidad laboral.

De esta manera, la micro, la pequeña y la mediana empresa de todo el mundo se convierten en las más dinámicas, las que crean más empleo, capaces de hacer innovaciones, son generalmente intensiva en el trabajo, pero que no tiene la masa de recursos, la capacidad de competir con grandes empresas en los mercados.

Pero si nos preguntamos por qué las citadas empresas son tan dinámicas. La respuesta es que se han constituido en alianzas entre ellas, en cooperativas, en redes, pero no en redes estables. Se trata que entre las mismas se ponen de acuerdo para hacer esto este año o este mes y como se dice cuando se nos acaba esta orden que nos ha llegado y ligado, tu por tu lado

y yo por el mío. O incluso la propia empresa desaparece y vuelve a aparecer cuando algo puede funcionar²².

Por otra parte, se puede señalar lo que ha sucedido con la abolición de los derechos adquiridos y la retroactividad benigna de la norma a favor del trabajador, que han sido suprimidos en la Constitución, al haberse modificado su artículo 103 de la misma y colocarse, en su lugar, la teoría de los hechos cumplidos que aparece en el Art. III del Código Civil, lo que significa la desprotección del trabajador.

Por su lado, la Ley de Relaciones Colectivas prohíbe la acumulación sucesiva de beneficios, lo que significa la negociación peyorativa, al despojar al trabajador de sus derechos adquiridos e impedir la acumulación de los mismos, estableciendo el concepto de caducidad (felizmente ya abolido) de los derechos que el trabajador obtiene mediante la convención colectiva.

Dentro del nuevo modelo laboral flexibilizado, aparece así una negociación colectiva también flexibilizada, que tiene un sentido totalmente opuesto a la negociación del modelo tradicional de protección.

Pero la desprotección es más seria, cuando para lograr su propósito, se afecta el principio de la igualdad y la no discriminación, como ha sucedido con la expedición del Decreto Legislativo 1086, publicado el 28 de junio del año 2008, que legisla sobre la Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, con lo cual se crea trabajadores de primera y segunda categoría, desprotegiendo a estos últimos y afectando, además, los principios de igualdad y no discriminación. Lo mismo ha sucedido con la expedición del Decreto Legislativo 1057 que regula las situación de los servidores que ingresen a laborar al servicio del Estado a los que se les recorta sus derechos laborales y de seguridad social.

No es propósito de la ponencia el hacer un inventario de las afectaciones de los principios. Sin embargo, para terminar es necesario señalar las afectaciones contra el principio de continuidad. En tal sentido podemos mencionar que el contrato a plazo indeterminado que era el principal y genérico en el modelo tradicional y el contrato a plazo fijo el excepcional, en el modelo flexibilizado, el contrato a plazo indeterminado ha pasado a ser la excepción y el de plazo fijo, el genérico. De esa manera, el principio de continuidad se ha debilitado. Lo mismo sucede con la estabilidad de salida. Hoy se habla del despido sin causa o arbitrario, mientras que en el modelo tradicional la tendencia es la de lograr una estabilidad relativa en el trabajo, lo que se materializó en la Constitución de 1979 y en el propio Convenio de la OIT.

²² Castells, Manuel (1998) Globalización, tecnología, trabajo, empleo y empresa. La factoría N°. 7, Octubre. pp. 1-10

La reflexión final es que estamos de acuerdo con la productividad, pero no de cualquier productividad. Lo que necesitamos es un cambio de concepción que reivindique una forma más equitativa en el reparto de las ganancias.

Remuneración y beneficios sociales: naturaleza y cómputo*

Jean Carlo Guevara Marín**

Universidad Inca Garcilaso de la Vega

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Los ingresos laborales / 2.1. Concepto de remuneración / 2.2. Características de la remuneración / 2.3. Costos laborales / 3. Determinación de la naturaleza remunerativa / 3.1. Norma general / 3.2. Norma especial / 3.3 Remuneraciones por disposición legal expresa / 4. Formas de determinar la remuneración/ 5. Tipos de remuneración / 5.1. Remuneración básica / 5.2. Remuneración mínima vital/ 5.3 Remuneración integral / 6. Formas de clasificar la remuneración / 6.1. Por la causalidad (origen) / 6.2. Por la fijeza / 7. Ingresos no remunerativos / 7.1. Determinación de la naturaleza no remunerativa / 7.1.1. Exclusión conceptual / 7.1.2. Exclusión general / 7.1.3. Exclusión específica / 8. Movilidad /9. Beneficios sociales / 10. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El sistema remunerativo está compuesto por el conjunto de ingresos que recibe el trabajador como contraprestación por la puesta a disposición de su fuerza de trabajo. Dicha disposición de la fuerza de trabajo tiene como efecto inmediato que el empleador tenga la obligación de retribuir los servicios por el trabajador. Esta retribución, llamada remuneración en ámbito del derecho del trabajo, forma parte de uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, por ello la importancia de su estudio. La remuneración, entonces, como elemento esencial del contrato de trabajo, es percibida por el trabajador por la sola puesta a disposición de su fuerza de trabajo, pudiendo comprender esta una actividad intelectual, técnica o manual.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Laboral, Seguridad y Salud en el Trabajo y Fiscalización de SUNAFIL, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 27 al 30 de junio del 2022.

** Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Especialista en Derecho Laboral con Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, ejerce el cargo de Jefe Legal en Lavoro Perú y Director de Asesoría Laboral en T-Asesora Perú.

Desde un punto de vista general, podría decirse que todo pago realizado por el empleador forma parte la contraprestación a la que queda obligado por la sola puesta a disposición de la fuerza de trabajo del trabajador. La cuestión aquí es determinar si todo pago o suma de dinero entregada por el empleador será de libre disposición del trabajador, es decir, si todo pago puede ser catalogado como remuneración conforme a la definición contemplada en el artículo 6 del D.S. 003-97-TR.

De lo indicado hasta aquí, podemos decir que el trabajador por ocasión de su trabajo percibe ingresos con carácter remunerativo y no remunerativo, bajo este escenario será de importancia determinar qué conceptos ingresarán a ser considerados como tales, debido a que ello nos permitirá establecer los conceptos que deberán ser considerados para cálculo o computo de los beneficios sociales.

2. Los ingresos laborales

2.1 Concepto de remuneración

La remuneración como concepto está definida como el pago que, con carácter de contraprestativo, percibe el trabajador por la puesta a disposición de su fuerza o capacidad de trabajo a favor de su empleador, todo ello en el marco de una relación de trabajo subordinado. Esta remuneración, para ser considerada como tal, debe cumplir una serie de requisitos, esto debido a que no todo ingreso en el contexto de una relación laboral podrá considerarse remunerativo .

2.2 Características de la remuneración

La remuneración posee una serie de características. La primera de ellas es que se configura como un incremento patrimonial para el trabajador. La segunda es que es contraprestativa, dado que por los servicios prestados se obtiene un pago. Como tercera característica, es de libre disponibilidad, es decir, el trabajador puede disponer de manera libre y autónoma de esta. La última y cuarta característica es su naturaleza alimentaria, ello debido a que es un medio de subsistencia para el trabajador, siendo así, la remuneración goza de protección especial (no puede ser embargada, salvo situaciones o bajo condiciones especiales dispuestas por Ley).

2.3 Costos laborales

El hecho de que un ingreso sea calificado como no remunerativo incide en el costo laboral en dos ámbitos: i) el laboral, no servirá de base para el pago de ningún beneficio social y ii) el tributario, no servirá de base de cálculo

para el pago de ningún tributo o aportación que grave las remuneraciones (salvo renta de quinta categoría).

3. Determinación de la naturaleza remunerativa

3.1 Norma general

La norma general tiene como base al artículo 6 del D.S. 003-97-TR. Se debe verificar que el ingreso cumpla con generar un incremento patrimonial, ser contraprestativo y de libre disposición.

3.2 Norma especial

Aun cuando un ingreso no cumpla con los requisitos señalados en la norma general, este podrá ser considerado remunerativo si una norma especial le otorga tal carácter. Por ejemplo, el D.S. 035-90-TR, en su artículo 3 concede carácter y naturaleza remunerativa a la asignación familiar.

3.3 Remuneraciones por disposición legal expresa

Estas se encuentran expresamente reconocidas por Ley como remuneración, siendo que en estricto no cumplen con los presupuestos establecidos por el artículo 6 del D.S. 003-97-TR. Entre ellas se encuentra la asignación familiar dispuesta por la Ley N° 25129, las horas extras dispuestas por el D.S. N° 007-2002-TR, las gratificaciones de julio y diciembre por la Ley N° 27735, el trabajo en día de descanso remunerado por D. Leg. N° 713 y las bonificaciones dispuestas por D.S. N° 003-97-TR. Así mismo, otros ingresos considerados remuneración por disposición legal expresa son los tributos asumidos por el empleador: D.S. N° 112-2000-EF, Informe Sunat N° 016-2002-SUNAT y RTF N° 06203-3-2002 del 25 de octubre del 2002. Además, los incrementos garantizados por el FONAVI mediante Decreto Ley N° 25981, el Sistema Privado de Pensiones por Decreto Ley N° 25897 y el Sistema Nacional de Pensiones mediante Ley N° 26504.

4. Formas de determinar la remuneración

El pago de la remuneración puede determinarse en función a: i) tiempo y ii) rendimiento. Como elemento esencial del contrato de trabajo, la remuneración puede ser determinada al carácter temporal de su percepción, pudiendo ser mensual, quincenal, semanal, diario o por hora de trabajo.

Asimismo, la remuneración también puede ser determinada sobre la base del rendimiento del trabajador, por ejemplo: pago de comisiones y el pago a destajo.

5. Tipos de remuneración

La remuneración percibida por el trabajador puede estar compuesta de diferentes conceptos, los cuales son importantes de diferenciar a fin de establecer su origen y regularidad. Generalmente los trabajadores perciben una remuneración base, llamada también remuneración básica u ordinaria, a la cual el empleador puede sumarle otros conceptos, como, por ejemplo: los bonos por desempeño, horas extras, comisiones, etc., los que en conjunto conforman la remuneración como concepto integral.

5.1 Básica

Esta es, generalmente, la remuneración que de manera ordinaria recibe el trabajador por sus servicios (la mayoría de las veces de manera mensual). A su vez, es una remuneración fija (se percibe siempre) y permanente (no varía). Por otro lado, se considera como no condicionada debido a que se percibe por el simple hecho de haber laborado.

Debe considerarse que esta remuneración puede ser menor a la remuneración mínima vital; e incluso algunos empleadores completan a estas con comisiones o bonos remunerativos, para que en suma el trabajador perciba, como mínimo, el equivalente a la remuneración mínima vital.

5.2 Remuneración mínima vital

La remuneración mínima vital (RMV) constituye la contraprestación económica, establecida por Ley, que como mínimo debe percibir un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada que labore por lo menos cuatro horas diarias.

El primero de mayo del 2022 la RMV se incrementó a S/. 1,025.00 mensuales. Es importante mencionar que la RMV puede estar constituida por la sumatoria de una serie de conceptos de carácter remunerativo y de índole contraprestativo que el trabajador perciba por su trabajo, en tal sentido es viable que se perciba una remuneración básica inferior a la RMV, pero que al adherirle otros conceptos remunerativos la sumatoria total sea de por lo menos S/ 1,025.00.

La RMV es utilizada como base para el cálculo de otro tipo de remuneraciones, como es el caso de: remuneración variable (remuneración básica + comisiones o pago a destajo, la sumatoria no puede ser inferior a la RMV), trabajo nocturno (se percibe como mínimo la RMV + el 35% de esta), minería (se percibe como mínimo la RMV + el 25% de esta), periodistas (3 RMV), asignación familiar (10% de la RMV), modalidades formativas (los practicantes perciben una subvención equivalente a la RMV), entre otros.

5.3 Remuneración integral

La Ley permite que el empleador pueda pactar con sus trabajadores que perciban una remuneración mensual no menor a 2 UIT, una remuneración integral computada por periodo anual, y que comprenda todos los beneficios legales y convencionales aplicables en la empresa, excepto la participación en las utilidades. Usualmente, es utilizada como fórmula compensatoria en puestos que requieren de alta especialización o de confianza (ejecutivos o directivos)

6. Formas de clasificar la remuneración

6.1 Por la causalidad (origen)

Es el caso de las bonificaciones, gratificaciones y asignaciones. Generalmente, existen conceptos remunerativos que el empleador otorga a sus trabajadores cuyo origen es determinado en función a determinados requisitos para su percepción, ese es caso por ejemplo de las bonificaciones por desempeño.

6.2 Por la fijeza

Son los ingresos ordinarios (fijos y permanentes) o, variables e imprecisos (comisión y destajo). Se determina su fijeza por ser parte de la estructura remunerativa permanente del trabajador.

7. Ingresos no remunerativos

7.1 Determinación de la naturaleza no remunerativa

7.1.1 Exclusión conceptual

Quedarán excluidos del concepto de remuneración aquellos pagos realizados por el empleador que no cumplan con los presupuestos establecidos por el artículo 6 del D.S. 003-97-TR: incremento patrimonial, carácter contraprestativo y libre disposición.

7.1.2 Exclusión general

El artículo 7 del D.S. 003-97-TR, señala que no constituirá remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los artículos 19 y 20 del D.S. 001-97-TR, TUO del D. Leg. N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios.

Estos ingresos están conformados por las gratificaciones extraordinarias, las utilidades, la canasta de navidad, el valor de transporte (razonable),

la asignación por educación (razonable), otras asignaciones (educación, cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquellas de semejante naturaleza), bienes que entrega la empresa (razonable) y las condiciones de trabajo (viáticos, movilidad, alimentación).

7.1.3 Exclusión específica

Por disposiciones especiales se establecen el carácter no remunerativo de determinados ingresos. Entre ellos se encuentra la Bonificación del 9% establecida por la Ley N° 30334, las prestaciones alimentarias (Ley N° 28051), el recargo al consumo (D. Ley N° 25988), indemnizaciones (D.S. N° 003-97-TR), seguro de vida (D. Leg. N° 688), prestaciones económicas – subsidios (Ley N° 26790), CTS (D. S. N° 001-97-TR), incentivos por cese (D.S. N° 002-97-TR), compensación por invenciones (D. Leg. N° 823) y asignación otorgada por juez (D.S. N° 003-97-TR).

8. Movilidad

Es importante diferenciar la movilidad como condición de trabajo y la movilidad como concepto no remunerativo.

La primera se proporciona bajo criterios de necesidad, pues su otorgamiento es decisivo para que el trabajador puede desempeñar su labor. La movilidad como condición de trabajo no será tomada en cuenta para el cómputo de beneficios sociales y el pago de tributos. Por su parte, la movilidad como concepto no remunerativo, será la suma de dinero o el valor de esta (cuando el empleador proporcione la movilidad), entregada por el empleador para coadyuvar al trabajador en el gasto incurrir por movilizarse a su centro de labores (no estamos ante un criterio de necesidad); este concepto no será computable para el pago de beneficios sociales y no se encontrará sujeta al pago aportes de ninguna clase, sin embargo, sí se encontrará afecta a renta de quinta categoría.

Debemos mencionar que ambos tipos de movilidad deberán ser proporcionados bajo criterios de razonabilidad, caso contrario se considerarán remuneración.

9. Beneficios sociales

Los beneficios sociales están conformados por todos aquellos conceptos que perciben los trabajadores como consecuencia de mantener una relación laboral o contrato de trabajo. Existen variadas posiciones respecto de cuáles son los conceptos que deberían ser catalogados como beneficios

sociales, sin perjuicio de ello, por regla general serán beneficios sociales todos aquellos cuyo origen es de orden legal, sin perjuicio de lo indicado, podrían también ser incluidos aquellos beneficios que se crean por pactos individuales o colectivos.

Los beneficios sociales gozan de la protección del principio de irrenunciabilidad de derechos, evidentemente aquí encontrarían salvaguarda los beneficios de fuente legal. Asimismo, en la mayoría de los casos su cálculo se realiza en función al tiempo de servicios y con base a una remuneración computable (suma de ingresos que por mandato legal deben de ser considerados al momento de determinar su cuantía). Entre los principales beneficios sociales tenemos: la asignación familiar, las vacaciones, la gratificación de julio y diciembre, la CTS, las utilidades, la indemnización por despido arbitrario, etc.

10. Respuestas a las preguntas del público

10.1. Con respecto al tema del racionamiento, ¿el CAFAE, está considerado como parte de la remuneración? Y si es así, ¿a qué tipo de trabajadores les corresponde? Por ejemplo, en una Institución Pública, solo la perciben trabajadores administrativos y no los que realizan labores asistenciales.

Es incentivo CAFAE es de naturaleza no remunerativa por exclusión legal, por lo que no será considerado para el cálculo de beneficios sociales. Su percepción corresponde al personal al régimen del D. Leg. 276.

10.2. Respecto al pago del trabajador en su día de descanso semanal obligatorio. Si se tiene como día de descanso a los domingos, pero un domingo se trabaja 4 horas, ¿se deberá pagar solo las 4 horas o el día completo?

Se pagarán las cuatro horas de trabajo. Los trabajadores que laboren en su día de descanso sin sustituirlo por otro día tendrán derecho al pago de la retribución correspondiente a la labor efectuada más una sobretasa del 100%.

10.3. ¿A los trabajadores bajo el régimen laboral 728 y 276 que trabajan en las municipalidades, también les corresponde el incremento de RMV?

El D.S. 003-2022-TR incrementó la RMV para sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Con respecto a los trabajadores del sector público, el artículo 6 de la Ley N° 31365, prohíbe a las entidades públicas de los tres

niveles de gobierno, el reajuste o incremento de ingresos de su personal, en tal sentido no será de aplicación lo dispuesto por el D.S. 003-2022-TR.

10.4 En caso de remuneraciones a destajo, ¿hay un límite mínimo que se debe percibir? Y, ¿qué se debe hacer en caso el empleador pague una remuneración irrisoria a destajo bajo la justificación de que las ganancias decrecieron con motivo de la pandemia?

El empleador está obligado a pagar la RMV como mínimo, es tal sentido, si el valor de lo producido a destajo es inferior a la RMV, el empleador estará obligado a asumir la diferencia.

10.5 Si bien la normativa de CTS establece que los beneficios como gratificación extraordinaria acordada en negociación colectiva no tiene carácter remunerativo, ¿qué sucede cuando en el pliego de reclamos y negociación se establece que estos beneficios sí establecerán carácter remunerativo? ¿Prevalece la ley o el acuerdo colectivo? ¿Serán computables para el cálculo de la CTS u otro beneficio?

Consideramos que debe prevalecer el convenio colectivo, toda vez que se produce una mejora remunerativa en beneficio de los trabajadores. Si la gratificación extraordinaria es remunerativa, entonces debe ser considerada en el cálculo de la CTS u otro beneficio social.

10.6 Con respecto a la movilidad supeditada a la asistencia al centro de trabajo, ¿por qué solo estaría afecto al pago de renta de quinta y no dentro de la base de cálculo de los beneficios sociales?

La movilidad supeditada al centro de trabajo es un concepto no remunerativo por disposición legal. Además, debemos considerar que su otorgamiento es en estricto para coadyuvar al trabajador a sufragar el gasto en que incurre para la asistencia al centro de trabajo. La movilidad supeditada a la asistencia al centro de trabajo esta afecta a renta de quinta categoría, en mérito a lo dispuesto por el inciso a) del artículo 34 del D.S. 054-99-EF, TUO de la Ley del Impuesto a la Renta.

El despido sin causa justificada en el Anteproyecto del Código de Trabajo*

Carlos Alberto Quispe Montesinos**
Pontificia Universidad Católica del Perú

RESUMEN: El Anteproyecto del Código de Trabajo recoge mucho del desarrollo jurisprudencial sobre la protección contra el despido y propone una regulación, incluso, más intensa a la construida por los tribunales de justicia al establecer un modelo de estabilidad absoluta.

En su elaboración no ha considerado que es posible establecer intensidades diferenciadas de protección. Existirán situaciones que por vulnerar derechos esenciales exigirán una tutela restitutoria plena, pero también situaciones en las que una tutela indemnizatoria fortalecida puede significar una “protección adecuada” en un mercado de trabajo que requiere de una razonable flexibilidad.

PALABRAS CLAVE: Despido sin causa justificada / protección contra el despido / estabilidad laboral / Anteproyecto del Código de Trabajo

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El vigente modelo de protección contra el despido / 3. La regulación del despido en el Anteproyecto / 3.1. El despido por causa justificada / 3.2. El despido sin causa justificada / 3.3. El despido de quienes gozan de la protección específica de la libertad sindical / 3.4. El plazo de caducidad / 4. Balance / 5. Bibliografía.

1. Introducción

A través de la Resolución Ministerial N° 232- 2021-TR del 26 de noviembre de 2021, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo creó una comisión sectorial encargada de elaborar una propuesta de Anteproyecto de Código de Trabajo (el Anteproyecto).

* Escrito académico para el I Congreso Internacional de Derecho Laboral, Fiscalización Laboral, Seguridad y Salud en el Trabajo & I Congreso Nacional de Derecho Laboral, Porcesal del Trabajo y Promoción del Empleo, organizado por Amachaq Escuela Jurídica desde el 27 al 29 de octubre del 2022.

** Abogado laboralista y profesor universitario. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consultor del Área Laboral de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

El 31 de marzo de 2022, la Comisión aprobó su informe final conteniendo 1 título preliminar, 440 artículos, 13 disposiciones complementarias finales, 7 disposiciones complementarias transitorias y 2 disposiciones complementarias modificatorias. Mediante la Resolución Ministerial N° 092-2022-TR del 13 de abril del mismo año, se dispuso su publicación con la finalidad de recibir sugerencias, comentarios y recomendaciones.

En el articulado elaborado se han abordado las principales instituciones del Derecho Individual y del Derecho Colectivo del Trabajo.

Uno de los apartados de mayor atención y de significativas modificaciones a la regulación vigente es el concerniente al despido sin causa justificada y la tutela prevista frente a él. Sobre tal contenido de la propuesta normativa presentamos los alcances que desarrollamos a continuación.

2. El vigente modelo de protección contra el despido

Como hemos abordado en un trabajo precedente (Quispe, 2021: 315 – 326), al inicio de la presente centuria, el Tribunal Constitucional (TC) reconfiguró el modelo de protección contra el despido que había sido delineado, en desarrollo del artículo 27 de la Constitución Política (CP)¹, por la hoy denominada Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL).

A través de las sentencias expedidas en los expedientes N° 1124-2001-AA/TC, N° 0976-2001-AA/TC y N° 0206-2005-PA/TC, el TC modificó los términos que el legislador había previsto en cuanto a las modalidades de despido y al contenido de la tutela frente a ellas.

El término “despido arbitrario” empleado en la CP pasó a ser entendido como un género que comprende a varias especies o modalidades, algunas de las cuales, no habían sido previstas normativamente. Los supuestos de tutela restitutoria se ampliaron significativamente y se diferenciaron también las vías procesales a través de las cuales se podría alcanzar protección frente al despido.

Los criterios establecidos fueron seguidos por el propio TC y por los órganos laborales y constitucionales de todos los niveles del Poder Judicial (el cual se ha expresado a través de sentencias y plenos jurisdiccionales). Así, a la fecha, el modelo de protección contra el despido arbitrario se encuentra definido en los siguientes términos:

¹ Artículo 27 de la CP: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”

Tipos de despido arbitrario y de tutela reconocidos por el TC

Tipos de despido	Contenido	Tipo de tutela	Vía procesal
Injustificado	La causa invocada no es probada judicialmente	Indemnización en base a tarifa legal	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso ordinario laboral
Incausado	Realizado sin expresión de causa	Readmisión en el empleo	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso ordinario laboral • Proceso abreviado laboral • Proceso constitucional de amparo
Fraudulento	Despido “perverso” expresado en: <ul style="list-style-type: none"> • Hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios • Falta no prevista legalmente • Extinción del vínculo con vicio de la voluntad • “Fabricación” de medios probatorios para tratar de justificar el despido 	Readmisión en el empleo	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso ordinario laboral • Proceso abreviado laboral • Proceso constitucional de amparo
Nulo	El despido lesivo de derecho constitucionales El despido que tiene por motivo: <ul style="list-style-type: none"> • El ejercicio de la libertad sindical • Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador • La discriminación • El embarazo y sus consecuencias 	Restitución jurídica: <ul style="list-style-type: none"> • Readmisión en el empleo • Pago de remuneraciones devenidas • Reconocimiento del tiempo de servicios comprendido entre el cese y la reposición como efectivamente laborado Indemnización en base a tarifa legal (de optar el trabajador por ella)	<ul style="list-style-type: none"> • Proceso ordinario laboral • Proceso abreviado laboral • Proceso constitucional de amparo

Elaboración propia

A pesar de las más de dos décadas transcurridas desde la expedición de los referidos pronunciamientos judiciales, la entrada en vigencia de una nueva ley procesal laboral y la emisión de un nuevo precedente vinculante constitucional de la materia (contenido en la STC N° 02383-2013-PA/TC), a la fecha, las modificaciones efectuadas por el TC en el modelo de protección contra el despido no han sido plasmadas legislativamente.

Ello determinó que el contenido de la tutela contra el despido sea definido a partir de pronunciamientos judiciales, aunque no con la congruencia ni uniformidad con que la institución debiera de ser abordada

En este marco, el Anteproyecto incorpora mucho del desarrollo jurisprudencial de la institución, dotando a la regulación del despido de, incluso, mayor rigidez a la construida por los tribunales de justicia.

3. La regulación del despido en el Anteproyecto

En los mismos términos a los previstos en el artículo 16 literal g de la LPCL, en el Anteproyecto, el despido, en los casos y forma permitidos por la ley, constituye una causa legítima de extinción de la relación de trabajo (artículo 131.8). Este despido se encontrará habilitado en tanto se sustente en una causa justificada. En contraposición, ha sido también materia de regulación el denominado despido sin causa justificada.

3.1. El despido por causa justificada

Se reconoce la eficacia del despido producido en tanto exista una causa justificada prevista legalmente. Ella debe encontrarse relacionada a la capacidad o la conducta del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa (artículo 137). Sobre esto último tenemos que, contrariamente a la exclusión efectuada por la LPCL en referencia a la terminación de la relación laboral por causa objetiva como tipo de despido, en el Anteproyecto, se le considera como tal en la línea de lo previsto en el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT (si bien no ratificado por el Perú) por el cual “no se pondrá término a relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

A diferencia de la previsión contenida en el artículo 22 de la LPCL, por la cual la estabilidad laboral se reconoce solamente para aquellos trabajadores que laboren cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, en el Anteproyecto se exige que la decisión de despido sea justificada en el caso de todos los trabajadores (que hayan superado el período de prueba),

independientemente a si estos laboren en una jornada completa o a tiempo parcial. Los contratados bajo esta última modalidad gozarán de los mismos derechos que la ley reconoce a los trabajadores contratados a tiempo completo (artículo 30).

Frente a la imputación de cargos a través de la cual se inicia un procedimiento de despido, el trabajador podrá hacer ejercicio de su derecho de defensa dentro de un término no menor a los cinco días hábiles, salvo aquellas situaciones en las que por la naturaleza de la falta grave no resulte viable tal posibilidad. De haberse invocado una causa vinculada a la capacidad del trabajador, este deberá contar con treinta días calendario para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia (artículo 144).

Al igual que en la legislación vigente, el despido debe de ser comunicado mediante carta en la que se precisen los hechos que lo motivan y la fecha del cese y ante la negativa de su recepción por el trabajador, la misiva debe de ser remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos.

En el caso de los despidos por causas relativas al funcionamiento de la empresa, constituyen causas habilitantes que dan lugar a ellos: a) la económica, técnica o estructural; b) el caso fortuito o la fuerza mayor; c) la disolución y liquidación de la empresa por insolvencia y quiebra; y, d) la disolución y liquidación voluntaria o por mandato judicial.

3.2. El despido sin causa justificada

El Anteproyecto recoge el desarrollo jurisprudencial efectuado por el TC y lo comprende en una categoría denominada “despido sin causa justificada”. Este consiste en el cese unilateralmente determinado por el empleador que se encuentra basado “en hechos notoriamente inexistentes o falsos, o en causa no prevista legalmente o no probada en juicio cuando las pruebas que lo sustentan son falsas o han sido fabricadas u obtenidas ilícitamente; y el producido sin que el trabajador tenga la posibilidad de hacer efectivo su derecho de defensa dentro del procedimiento de despido” (artículo 147). Como es de verse, esta definición plasmaría normativamente las figuras, de creación jurisprudencial, despido fraudulento y despido incausado.

A su vez, se prevé en el Anteproyecto como supuesto agravado del despido sin causa justificada a aquel que lesiona derechos fundamentales, especialmente si el cese tiene por motivo el ejercicio de la libertad sindical o la representación de los trabajadores; la discriminación; el embarazo o sus consecuencias; o, la presentación de un reclamo ante el propio empleador o una acción ante las autoridades judiciales o administrativas competentes.

De invocar el afectado uno de estos supuestos, se presumirá que el despido se origina por los motivos referidos, correspondiéndole al empleador acreditar la existencia de la causa justificada (artículo 148).

El despido sin causa justificada, tanto en su modalidad “general” como en el de los supuestos agravados, es sancionado con su nulidad. Tal nulidad no se restringe a la reposición derivada de la declaración de la ineficacia de la decisión del empleador de extinguir la relación de trabajo, sino que implica también que este no se libere de aquellas prestaciones contraídas con ocasión de la celebración del contrato de trabajo: el pago de las remuneraciones y beneficios que se hubiesen devengado de no haberse producido el despido. Esto se explicaría porque, ante un despido sin causa justificada, la prestación de servicios del trabajador dejará de ser ejecutada no por voluntad propia de este, sino por la negativa del empleador a recibirlos, configurándose una suerte de mora del acreedor, conforme a los términos del artículo 1338 del Código Civil (Campos, 2019: 214 -215).

En la línea de ello, el artículo 153 del Anteproyecto prevé que la declaratoria judicial de la nulidad de despido determina: la reposición del trabajador en el mismo puesto que venía desempeñando al momento de producirse el cese; el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido hasta la de la reposición efectiva del trabajador; los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios; y, considerar el período dejado de laborar como trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo aquellos beneficios cuya percepción se encuentra condicionada a la prestación efectiva de servicios, excepto para el derecho vacacional.

A opción del trabajador afectado, la tutela contra el despido sin causa justificada podría consistir en una indemnización equivalente a cuarenta y cinco días de remuneración ordinaria por cada año completo de servicios, sin existir topes en función al tiempo laborado (en contraposición a la LPCL que prevé un tope de doce remuneraciones). Esta opción podría ser ejercida incluso en ejecución de sentencia, sin que ello prive al trabajador del derecho al pago de remuneraciones devengadas hasta el momento en que se nova el tipo de protección (artículo 150).

En tanto que para la generalidad de los casos se ha previsto una tutela resarcitoria consistente en la restitución jurídica previa al momento del cese ilegítimo (incluyendo el pago de las remuneraciones devengadas), ella debería ser suficiente reparación frente a la afectación producida. En el Anteproyecto se ha considerado que quien ha sido despedido bajo alguno de los supuestos agravados, puede demandar adicionalmente un resarcimiento por daños y perjuicios. Ello determinaría que frente a la generalidad de

los despidos sin causa justificada no comprendidos dentro de los supuestos agravados, no deberían proceder pretensiones resarcitorias adicionales por daños materiales y daños morales; sin embargo, considerando el significativo incremento de juicios derivados de pretensiones resarcitorias ante los tribunales de trabajo, no dudamos que en la generalidad de los despidos sin causa justificada se plantearan pretensiones de tal naturaleza y los jueces tenderán a estimarlas, incrementándose aún más las consecuencias económicas de tal tipo de despidos.

Finalmente, se abordan aspectos más propios de una ley procesal que de una de carácter sustantivo tales como las medidas cautelares de reposición provisional y asignación económica provisional, así como la ejecución judicial de la reposición (artículos 154 al 156).

3.3. El despido de quienes gozan de la protección específica de la libertad sindical

El Anteproyecto prevé una tutela especial frente al despido para aquellos trabajadores que pudieran ser cesados como consecuencia del ejercicio del derecho a la libertad sindical. El artículo 382 prevé que gozan de tal tipo de tutela:

- La totalidad de los miembros de los sindicatos en formación, desde treinta días calendario antes de la presentación de la solicitud de registro y hasta cuatro meses después;
- los miembros de la junta directiva de las organizaciones sindicales y representantes, hasta cuatro meses después de la fecha en que cesen en sus cargos;
- los candidatos a cargos sindicales y de representantes, treinta días calendario antes y cuatro meses después de la elección;
- los miembros de la comisión negociadora del convenio colectivo, hasta cuatro meses después de concluido el correspondiente procedimiento; y,
- los representantes sindicales que participen en las instancias de diálogo social nacional o regional, hasta cuatro meses después de concluida su participación.

El despido por justa causa de los trabajadores que gozan de protección específica no se concreta por la decisión unilateral del empleador, sino requerirá aprobación de la autoridad judicial. Se introduce entonces la figura del despido propuesta, por la cual “se interpone entre la voluntad del em-

pleador y el acto de extinción, la decisión de una autoridad superior que evalúa con carácter previo la entidad de la causa alegada para el despido (Sanguineti, 1989: 123).

El procedimiento a seguirse frente a tal tipo de despido se inicia con una comunicación al trabajador afectado a quien se le indica que se solicitará al juez competente la autorización del despido. Dentro de los quince días siguientes debe interponerse la demanda ante el juez especializado de trabajo quien deberá tramitar el pedido a través del proceso abreviado. Si bien a la interposición de la demanda, el empleador puede suspender al trabajador sin goce de remuneración, esta decisión puede ser revocada, incluso de oficio, por el juez en la audiencia única. El magistrado puede también sustituir la medida por una de suspensión imperfecta.

De no obtenerse la autorización judicial, el trabajador afectado tendrá derecho a las remuneraciones devengadas.

La exigencia de un pronunciamiento judicial firme para que, previamente a su ejecución, se determine la procedencia de este despido, muy probablemente determinará su inviabilidad. Los plazos de duración de los procesos abreviados previstos normativamente no tienen ningún correlato con la realidad. Este tipo de juicios se extienden casi lo mismo que un proceso ordinario. Salvo la existencia de una audiencia única, que concentra a la audiencia de conciliación y a la de juzgamiento del proceso ordinario, no existe mayor diferencia en cuanto a su duración. Carecen de un tratamiento preferente en las salas superiores y supremas. En la programación de las vistas de la causa ante tales tribunales no se distingue si un juicio es de carácter ordinario o abreviado.

Por tanto, de aprobarse la propuesta, nos encontraremos ante procesos que, aproximadamente, luego de cuatro o más años (de haber recorrido el juzgado, la sala superior y la sala suprema competentes) recién podrán determinar si procede o no ejecutar el despido decidido por el empleador. Esto es, cuando, en muchas ocasiones, ya se haya extinguido el fuero sindical del trabajador protegido.

Si bien se habilita que el empleador pueda suspender de manera perfecta al trabajador mientras se tramita el proceso judicial, esta medida puede ser revocada de oficio por el juzgador, por lo que, entendemos que, en la generalidad de los casos, los despidos de los trabajadores con protección específica, en virtud de su fuero sindical, no tendrán mayor nivel de concreción.

3.4. El plazo de caducidad

El plazo para intentar judicialmente la protección contra el despido también sería materia de variación. Se extendería ahora hasta sesenta días hábiles, dentro de los cuales podrá impugnarse el cese e, incluso, demandar las consecuencias que del mismo se derivan (artículo 356.1).

La ampliación del término podría haberse efectuado a la vista del ordenamiento procesal constitucional en el que siempre se ha previsto, aunque como plazo de prescripción, el término de sesenta días hábiles para interponer una demanda de amparo por afectación a derechos fundamentales (Ley N° 23506, Ley N°28237 y Ley N° 31307)

Este plazo, lato comparativamente a la regulación vigente (treinta días hábiles), favorecerá el ejercicio del derecho de acción de los afectados.

Merece destacarse también que transcurridos los sesenta días no solamente se extinguirá la posibilidad de impugnar el despido, sino también la de “demandar las consecuencias que del mismo se derivan”. Entendemos que ello debería comprender a eventuales pretensiones de resarcimientos por lucro cesante, daño emergente o daño moral que pudieran generarse a propósito del cese. Actualmente no es extraño encontrar pronunciamientos judiciales que conciben que el plazo que se aplica para tal tipo de pretensiones resarcitorias es el de 10 años referidos por el Código Civil para la acción personal, manteniendo vigente la posibilidad de un conflicto a pesar del largo tiempo transcurrido desde la extinción del vínculo laboral.

4. Balance

La regulación del despido contenida en el Anteproyecto corrobora lo expresado por el profesor Mario Pasco hace aproximadamente 30 años en el sentido que el artículo 27 de la entonces novísima Constitución Política “no suprime la estabilidad laboral sino que la reorienta de modo de permitir varias opciones frente al despido sin causa justa” (Pasco, 1993: 31) y esto es porque “el régimen de protección contra el despido en nuestro ordenamiento es uno de consagración constitucional pero de configuración legal, habida cuenta que el constituyente optó porque sea la ley la que desarrolle el alcance efectivo de este derecho y de la tutela aplicable al mismo” (Ferro, 2012: 475).

Es por ello que bajo la vigencia de una misma norma constitucional se desarrolló en la LPCL una estabilidad relativa impropia (los supuestos de reposición se encuentran limitados, normativamente, frente a puntuales

despidos por motivos prohibidos) y hoy en el Anteproyecto se propone un régimen de rígida estabilidad absoluta².

En el Anteproyecto la estabilidad se convierte, como con anterioridad a la Constitución de 1993, en “un virtual derecho de propiedad sobre el puesto de trabajo” (Pasco, 1993:31), pero consideramos que, a pesar de ello, la regulación propuesta en materia de despido no podría ser calificada, a priori, como inconstitucional, porque justamente el constituyente encomendó al legislador ordinario la definición del régimen de estabilidad y de protección contra el despido.

En la propuesta normativa encontramos aspectos a destacarse como el de reconocer la protección contra el despido para con los trabajadores a tiempo parcial, la ampliación del plazo de caducidad o el fortalecimiento de la tutela indemnizatoria al incrementarse la tarifa legal reparadora, prescindiendo del tope contemplado en la legislación vigente.

Sin embargo, concebir una tutela restitutoria para todas las formas de despido sin causa justificada y por las cuales, adicionalmente, se podrían lograr resarcimientos por daños materiales y morales, limita severamente no solamente las potestades de organización y de dirección del empleador (el empleado mediocre que no incurre en una falta grave no podía ser cesado), sino la propia movilidad de los trabajadores, cual si, independientemente de su empleabilidad, la única posibilidad de realizar alguna actividad productiva sería la desarrollada con su empleador de origen.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no se privilegia un mecanismo de reparación del despido injustificado (restitutorio o indemnizatorio) sobre otro, reconociéndose más bien la potestad de los estados de optar por alguna de las posibilidades existentes: readmisión o indemnización (Canessa, 2009: 298 -299)

La normativa internacional justifica considerar intensidades diferenciadas en la protección contra el despido. Existirán ciertamente situaciones que vulneren derechos esenciales que exigen una tutela restitutoria plena, pero también situaciones en las que una tutela indemnizatoria fortalecida puede significar una “protección adecuada” en un mercado de trabajo que requiere de una razonable flexibilidad. Ello no ha sido considerado en el Anteproyecto.

² “La estabilidad absoluta es entendida como la prohibición del despido que no se fundamenta en una causa legalmente establecida, por lo que si se produce el despido este es nulo y el trabajador puede exigir ser reincorporado en su puesto de trabajo (...). A su vez, existe estabilidad relativa impropia cuando el despido no se considera nulo y mantiene su validez y eficacia pero, no obstante, es sancionado con el pago de las indemnizaciones que establece la ley” (Morgado, 2009: 28)

El Derecho del Trabajo responde a un compromiso social en la que deben conjugar el equilibrio de la “razón económica”, que busca facilitar el funcionamiento de la economía, con la “razón jurídico social”, referida a las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores (Monereo, 2012: 13), por ello la elaboración del primer código del trabajo de nuestro país exige diálogo entre trabajadores, empleadores y el gobierno, de tal manera que, en lo que al tema que nos concierne, la regulación no responda exclusivamente a la perspectiva dogmática de uno de ellos, sino sea producto de los consensos que alcancen los mencionados actores sociales.

5. Bibliografía

CAMPOS LINARES, H (2019). “Apuntes sobre la responsabilidad civil derivada de despido incausado o fraudulento en el sistema peruano: La retórica de los punitive damages y la desnaturalización del lucro cesante”. THEMIS. Lima, número 75, pp. 203 – 218.

CANESSA MONTEJO, M (2009). La protección contra el despido en el Derecho Internacional. En PUCP. Temas centrales del Derecho del Trabajo del siglo XXI. Lima, ARA, pp. 291 – 309.

FERRO DELGADO, V (2012). “La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. DERECHO PUCP. Lima, número 68, pp. 471 – 494.

MONEREO PÉREZ, J (2012). “El Derecho del Trabajo en la encrucijada posmoderna”. Entrevista efectuada por Alfredo Villavicencio. DERECHO PUCP. Lima, número 68, pp. 13 -32.

MORGADO VALENZUELA, E (2009). “Seguridad del empleo: visión actual de la terminación de la relación de trabajo en Iberoamérica”. En PASCO, Mario (Coordinador). Actualidad del Derecho del Trabajo. Lima: Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 25 - 67

PASCO COSMÓPOLIS, M (1993). “El trabajo en la Constitución”. IUS ET VERITAS. Lima número 7, pp. 27-35.

QUISPE MONTESINOS, C (2021). “La protección judicial contra el despido”. LABOREM. Lima número 24, pp. 315 -339. Consulta: 2 de mayo de 2022 <https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem24-14.pdf>

SANGUINETI RAYMOND, W (1989). “El derecho de la estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana”. En: NEVES, Javier (Director). Trabajo y Constitución. Lima: Cultural Cuzco, pp. 83 – 142.

Análisis de la inclusión del *core business* en la regulación de la tercerización laboral*

Roberto Carlos Vílchez Sánchez**

Universidad de Lima

SUMARIO: 1. La incorporación normativa del *core business* como límite a la tercerización / 2. Pronunciamientos relativos al *core business* como límite a la tercerización / 3. Conclusiones / 4. Bibliografía

1. La incorporación normativa del *core business* como límite a la tercerización

La principal novedad del Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR reside en incorporar el *core business* o “núcleo del negocio” como un límite a las actividades de una empresa que pueden ser objeto de tercerización.

Así, dicho Decreto Supremo modificó el artículo 1 del Reglamento de la Ley 29245 incluyendo el concepto de núcleo del negocio conforme a los siguientes términos:

“El núcleo del negocio forma parte de la actividad principal de la empresa pero, por sus particulares características, no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento.”

Esta parte inicial de la definición nos permite establecer una primera diferencia entre actividades especializadas y aquellas que no. Estas son definidas de manera modificada en el Reglamento de la Ley 29245, indicándose que son actividades que exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados. Cabe preguntarse, hasta cierto punto,

* Escrito académico para el I Congreso Internacional de Derecho Laboral, Fiscalización Laboral, Seguridad y Salud en el Trabajo & I Congreso Nacional de Derecho Laboral, Porcesal del Trabajo y Promoción del Empleo, organizado por Amachaq Escuela Jurídica desde el 27 al 29 de octubre del 2022.

** Abogado por la Universidad de Lima y egresado de la Maestría de Derecho del Trabajo de la Universidad San Martín de Porres y del Máster en Dirección Estratégica de Personas y Gestión del Talento Organizacional por la Universidad de Salamanca. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Sur. robertocvs@gmail.com.

si es que no existe alguna actividad dentro del ciclo productivo que no requiera de un conocimiento técnico o científico “particularmente calificado”. Dada la especialización cada vez más acusada de la producción empresarial, es casi imposible señalar que exista alguna parte del proceso productivo que no requiera de un conocimiento técnico o científico específico.

Es por ello por lo que esta primera parte de la definición de núcleo de negocio carece de una verdadera practicidad, en tanto sólo remite a otro concepto que, por lo expuesto, pareciera que tampoco es muy útil para discriminar entre actividades.

El legislador, aparentemente consciente de este problema, establece unos criterios de “apreciación” del núcleo del negocio:

“Para identificar el núcleo del negocio en el caso concreto, se debe observar, entre otros:

- 1. El objeto social de la empresa.*
- 2. Lo que identifica a la empresa frente a sus clientes finales.*
- 3. El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades.*
- 4. La actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes.*
- 5. La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.”*

Con esto, los sujetos receptores de la norma y sus aplicadores tienen a la vista otros elementos que le permiten determinar cuando se encuentran ante el “núcleo del negocio” y cuando no. Si bien esto dota de mayor flexibilidad a la norma y le permite sobreponerse al primer escollo que supone una definición deficiente de “núcleo del negocio”, no hace más que encerrar otros problemas.

El primero es que no se deja en claro cómo deben observarse los criterios, esto es, si de manera independiente, copulativa, aditiva, entre otras. Puesto de otras maneras, ¿sería correcto que un juez o un inspector determine que cierta actividad es “núcleo del negocio” solo porque coincide con el objeto social? ¿O tiene que apreciar todos los criterios para poder emitir una decisión? Estas interrogantes, lamentablemente, no son respondidas por la norma y dejan a los operadores jurídicos expuestos a decisiones arbitrarias y hasta contradictorias.

El segundo es que la redacción de la norma contempla la posibilidad de la existencia de otros “criterios” que podríamos llamar ad hoc o casuísticos, en tanto la norma señala “entre otros” al enlistar los criterios que desarrolla. Es decir, si un operador jurídico decide aplicar un nuevo criterio, de elaboración propia, podría no considerarse reñido con el Reglamento modificado, por cuanto este contempla, a su vez, la existencia de otros criterios (*numerus apertus*). La afectación a la seguridad jurídica y a la predictibilidad de la administración pública es más que evidente.

Luego, en el artículo 2 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR se indica que no está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, reiterando que este ámbito está excluido de la tercerización. Es el artículo 5, sin embargo, el que asignaría una consecuencia jurídica a la tercerización de una actividad “nuclear”.

“Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

(...)

b) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio.

(...)

La desnaturalización trae como consecuencia que la empresa principal sea el empleador de los trabajadores desplazados desde el inicio del desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en que se produjo la desnaturalización, sin perjuicio de las sanciones establecidas en las normas correspondientes.”

De esta manera, si se ha tercerizado una actividad perteneciente al núcleo del negocio, la consecuencia es la desnaturalización de la tercerización y la formación de un vínculo laboral directo entre la empresa principal y los trabajadores destacados por la empresa tercerizadora. Evidentemente, esta situación es bastante fuerte para las partes involucradas, en tanto presupone que la empresa tercerizadora perderá a un importante número de su personal, mientras que la empresa principal se ve sometida a la presión de incorporar nuevos trabajadores a su planilla.

Esta consecuencia, en un principio, estuvo reservada a los supuestos en los que las empresas involucradas en el esquema de tercerización han decidido deliberadamente cometer fraude a la ley, ya sea proveyendo únicamente de personal o cuando una (la tercerizadora) es en realidad una empresa de fachada, un mero apéndice de la empresa principal. En esos casos, la “sanción” propuesta por el ordenamiento jurídico recae sobre una conducta proscrita expresamente y que, además, es de fácil observancia por cuanto los criterios a observarse son bastante precisos.

No obstante, conforme ya hemos señalado, la existencia de un *numerus apertus* y la falta de indicaciones sobre como deben aplicarse los criterios expone a las empresas principales y tercerizadoras a conductas arbitrarias y discrecionales por parte de los operadores jurídicos, a la par que les impide conocer de manera precisa cuando estaría incurriendo en una conducta contraria a la señalada en la norma y, por ende, contraviniendo el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, una crítica relevante a las nuevas disposiciones del Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR es la incorporación de un concepto que no se puede rastrear en la norma legal, esto es, en la Ley 29245. Dicha crítica ha sido acogida por diversas instancias en los procesos judiciales y procedimientos administrativos que han surgido a propósito de esta norma como veremos más adelante.

Conforme ya hemos expuesto, en la norma coexistían dos disposiciones que, por un lado, señalaban el ámbito de la tercerización en las actividades especializadas u obras mientras que, por el otro lado, permitían la tercerización de una parte integral del proceso productivo, sin hacer mayor limitación a que se entendía por parte integral.

De buenas a primeras, no se desprende de dicho texto legal que exista algo denominado “núcleo del negocio”, que limitase hasta donde puede ser la tercerización. Por el contrario, se establece que la tercerización recae sobre actividades especializadas (que como hemos visto, puede ser ya cualquier actividad en un proceso productivo) y sobre una parte integral del proceso productivo. De ello se desprende, mas bien, que la norma legal no restringe de modo alguno a la tercerización.

Sin embargo, el nuevo Reglamento de la Ley 29245 sí lo hace por medio del “núcleo del negocio”. ¿No estamos ante un supuesto donde el reglamento se opone a la norma legal? Nosotros somos de la opinión de que ello es así, por cuanto se desprende de la Ley 29245 que puede tercerizarse cualquier parte integral del proceso productivo. En ese sentido, hay que indicar que algunas actividades, por más que formen parte del proceso productivo, no

pueden tercerizarse por formar parte del núcleo del negocio, es contravenir lo expresado en la norma.

Es por ello por lo que consideramos que el Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR contraviene el artículo 51 de la Constitución, el cual señala que la ley prevalece sobre las normas de inferior jerarquía, como lo es el caso del Reglamento. Asimismo, es un principio general del Derecho que los reglamentos no puedan oponerse a las normas legales, a las cuales únicamente desarrollan.

Visto de esta manera, el Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR no solamente supone un retroceso en materia de seguridad jurídica, sino que además desconoce la existencia de una realidad económica y laboral evidente, sobre todo en determinados sectores, y atenta contra la Constitución y la ley al crear nuevas limitaciones a la tercerización.

2. Pronunciamientos relativos al *core business* como límite a la tercerización

La inclusión del *core business* como límite al outsourcing, así como otras disposiciones del Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR, ha despertado una viva oposición del empresariado nacional puesto que recorta de manera importante los beneficios de recurrir a esta modalidad de organización productiva.

Dicha oposición se ha traducido en la interposición de una serie de demandas y acciones tanto en la vía judicial como en la administrativa. Dada la naturaleza de dichas acciones y la importancia de los intereses en juego, instancias como el INDECOPI y algunos órganos jurisdiccionales ya han emitido pronunciamientos en lo que el *core business* constituye una parte esencial.

En la vía administrativa, según datos brindados por INDECOPI, se han presentado trescientas cuarenta y tres (343) denuncias contra el Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR, la cual ha sido señalada como una barrera burocrática ilegal y/o irrazonable.

Una de estas denuncias fue interpuesta por la empresa minera COSAPI Minería S.A.C. el 4 de abril de 2022 ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, alegando que el Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR resulta ser una norma ilegal e irrazonable.

El 18 de agosto de 2022, la Comisión emitió la Resolución Nro. 289-2022/CEB-INDECOPI, señalando que el Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR constituye una barrera burocrática ilegal, pronunciándose sobre el *core business* o núcleo del negocio como límite a la tercerización, entre otras cosas.

La Comisión es categórica al sostener que existe contradicción entre lo dispuesto por el Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR, a saber, que el núcleo del negocio no puede ser tercerizado; y el artículo 3 de la Ley de Tercerización:

“107. Del análisis de las disposiciones antes citadas, se advierte que los contratos de tercerización tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo, sin contemplar alguna limitación respecto de la etapa del proceso productivo de la que se hará cargo la empresa tercerizadora, así como tampoco fluye la existencia de prohibición de tercerizar la actividad principal de la empresa principal. Cabe precisar que el proceso productivo está referido a la ejecución de operaciones articuladas y planificadas de transformación de insumos en bienes o servicios mediante la aplicación de un procedimiento tecnológico.

Conforme ya hemos indicado en las líneas precedentes, el núcleo del negocio es un límite que no existe en la Ley de Tercerización, la cual establece, por el contrario, que el objeto válido de un contrato de tercerización es el ocuparse de una parte integral del proceso, el cual es desglosado en diversas operaciones por la Comisión.

Este razonamiento, consideramos, resulta acertado y responde a una de las principales críticas al Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR, puesto que adopta no solo la interpretación más literal y razonable del artículo 3 de la Ley de Tercerización, sino que además toma en consideración la interpretación que ha realizado la Corte Suprema sobre la referida disposición legal:

“110. Lo antes mencionado guarda concordancia con lo desarrollado por el Poder Judicial en las Sentencias N° 764-2011-LIMA y N° 1607-2012-LIMA, recaídas en procesos de acción popular seguidos ante la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en las que se estableció que sí se pueden tercerizar actividades principales de la empresa principal al constatar que el delimitar el artículo 2 de la Ley N° 29245 a la actividad principal guarda armonía con el espíritu de dicha ley, dado que de referirse actividades que no se relacionan con la actividad principal se estaría refiriendo a intermediación laboral, figura legal de contratación distinta a la tercerización.”

De esta manera, es evidente que el Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR incurre en una flagrante ilegalidad al pretender imponer un límite que no existía ni existe en la Ley de Tercerización. Esta norma, inclusive, reconoce que la actividad principal y en general cualquier parte del proceso pro-

ductivo son susceptibles de ser tercerizados, por lo que se configura una antinomia entre la norma reglamentaria y la norma legal que solamente se puede resolver a favor de la segunda en virtud del principio de jerarquía.

Este pronunciamiento ha sido impugnado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, estando a la fecha pendiente el pronunciamiento de la instancia superior. Sin embargo, el Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR ha visto suspendidos sus efectos en virtud de la Resolución Nro. 355-2022/SEL-INDECOPI, la cual confirma la medida cautelar presentada por la empresa denunciante. Dicha confirmación implica la consagración (como verosimilitud de derecho al menos) de la existencia de una antinomia entre el Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR y la Ley de Tercerización en cuanto a la incorporación del core business como un límite al outsourcing.

En el ámbito judicial, existen pronunciamientos que resuelven pedidos cautelares, decidiéndose la inaplicación del Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR por cumplirse el requisito de la verosimilitud del derecho respecto de la antinomia entre dicha norma reglamentaria y la Ley de Tercerización.

Así, en la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Mixto de Tayabamba, tramitada por el Expediente Nro. 020-2022-51-1607-JM-CI-01, se determina que existe verosimilitud de derecho en tanto:

“(...) la entidad demandada [el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo] habría excedido los alcances de su potestad reglamentaria y vulnerado el principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 51 de la Constitución (...), Consorcio Minero Horizonte SAC es una empresa titular de la actividad minera y, por ende, receptora de los efectos no solamente de la Ley de Tercerización, Ley 29245, sino también y específicamente de la Ley General de Minería y, por ende, se encuentra expresamente autorizada para tercerizar las actividades principales de dicha industria.”

Si bien es cierto que la Ley General de Minería contempla la tercerización de sus actividades principales de manera expresa, esto resulta ser un añadido al hecho de que la Ley de Tercerización, aplicable a todas las empresas (entre ellas las mineras) de por sí ya permite la tercerización de actividades. De allí que el Juzgado diga que “no solamente” la Ley de Tercerización le reconoce el derecho a tercerizar sus actividades, sino también la norma especial.

El exceso de la potestad reglamentaria por parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se traduciría por la institución de un límite reglamentario que solamente no es mencionado en la Ley, sino que, inclusive, se opone al texto de esta.

Esta decisión fue impugnada eventualmente, siendo resuelta por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, confirmando la decisión de primera instancia de amparar el petitorio cautelar en los siguientes términos:

“4.13. Con lo expuesto, se advierte que la solicitud cautelar cumple con la verosimilitud del derecho, por las siguientes razones: (i) La Ley General de Minería y la Ley de Tercerización, normas de rango legal no prohíben la tercerización de las actividades principales, mientras que, la norma infralegal y autoplicativa contenida en el Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR las excluye del objeto de este tipo de contratación (...).”

Este razonamiento, si bien resulta válido, nos parece insuficiente en tanto señala que el Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR estaría incorporando un límite que no está contemplado en la Ley de Tercerización, mas no subraya el hecho de que no solamente se está incorporando un límite novedoso, sino que, además, este se encuentra reñido con lo dispuesto en la Ley a la cual reglamenta dicho decreto supremo.

Con todo, parece que la tendencia jurisprudencial tanto en el ámbito administrativo como en el judicial es a considerar que el core business es un límite ilegal que, en el peor de los casos, es abiertamente contrario al artículo 3 de la Ley de Tercerización; o, en el mejor de los casos, incorpora un límite que no está contenido en la referida ley, no siendo competente para ello.

3. Conclusiones

Como se ha podido evidenciar a lo largo de este breve artículo, el Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR pretende fijar un límite conceptual a las actividades que pueden tercerizarse: el núcleo del negocio. El problema con este nuevo límite es (i) su falta de precisión, la cual se ve agravada por el hecho de que reposa sobre otra definición que difícilmente tiene una aplicación práctica (actividad especializada); (ii) el establecimiento de una lista abierta de criterios sin mayores indicaciones sobre su aplicación, generando un espacio para el actuar arbitrario de los operadores jurídicos; y (iii) la contravención de la norma legal, que no contemplaba límite alguno.

Las dos primeras partes del problema (falta de precisión y la potencial arbitrariedad en la aplicación del límite) entran en el campo de la técnica legislativa. Sin embargo, la tercera parte del problema (la oposición a la norma legal) tiene ramificaciones jurídicas directas, lo cual se ha podido evidenciar en los pronunciamientos judiciales y administrativos sobre el particular: el *core business* es un límite ilegal en tanto contraviene el texto de la Ley de Tercerización.

La solución inmediata a este problema (y que se va acercando vía INDECOPI o Poder Judicial) es la derogación o declaración de inconstitucionalidad del Decreto Supremo Nro. 001-2022-TR, eliminando así la fuente de las problemáticas ya descritas en el párrafo anterior. No obstante, también es cierto que la regulación previa carecía a su vez de cierta precisión y, podría decirse, amparaba ciertos comportamientos lesivos de los derechos de los trabajadores.

La solución, sin embargo, pasa por mejorar la redacción de la norma legal, precisando de mejor manera que es factible la tercerización de toda la actividad de una empresa, así como prever mecanismos legales que favorezcan la protección de los derechos sociales de los trabajadores tercerizados.

4. Bibliografía

Cobo, J. (2017). La tercerización como herramienta de gestión empresarial. Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de magíster en Administración de Negocios – MBA. Universidad EAFIT.

https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/11959/JuanManuel_Cobo_2017.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Toyama Miyagusuku, J. (2008). Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y tendencias. *Derecho & Sociedad*, 30.

Licencias laborales en el Régimen Laboral Privado*

Claudia Tenorio Pineda**
Universidad de Lima

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Licencia por adopción / 3. Licencia por paternidad / 4. Licencia por descanso prenatal y post natal / 5. Permiso por lactancia materna / 6. Licencia a los trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave / 7. Licencia al trabajador para la asistencia médica y terapia de rehabilitación de personas con discapacidad / 8. Licencia a los trabajadores con familiares directos y cuidadores a cargo de la atención de los pacientes con enfermedad de Alzheimer y otras demencias / 9. Facilidades a los trabajadores con familiares directos y cuidadores a cargo de la atención de los pacientes con enfermedad de Alzheimer y otras demencias / 10. Licencia por hijo menor de edad con diagnóstico de cáncer / 11. Licencia para los trabajadores que realicen exámenes oncológicos preventivos anuales / 12. Licencia para exámenes de detección temprana de cáncer de mama y cuello uterino / 13. Licencia para continuar con tratamiento de tuberculosis / 14. Licencia por declaración de testigos / 15. Licencia para trabajadores donantes de sangre / 16. Licencia por incapacidad temporal del trabajador / 17. Licencia por violencia familiar / 18. Licencia por Servicio Militar / 19. Licencia sindical / 20. Licencia a miembros del Comité o al Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo / 21. Licencia para trabajadores seleccionados para representar al Perú en eventos oficiales nacionales e internacionales / 22. Licencia para bomberos voluntarios

* Escrito académico para el I Congreso Internacional de Derecho Laboral, Fiscalización Laboral, Seguridad y Salud en el Trabajo & I Congreso Nacional de Derecho Laboral, Porcesal del Trabajo y Promoción del Empleo, organizado por Amachaq Escuela Jurídica desde el 27 al 29 de octubre del 2022.

** Abogada por la Universidad de Lima, con más de 12 años de experiencia en las ramas de Derecho Laboral, Procesal Laboral, y Seguridad y Salud en el Trabajo. Docente universitaria y expositora en diversos eventos de materia laboral. Ha cursado el Master in Occupational Safety and Health por la Universidad de Turín, Italia, y el Programa Orientation in U.S.A. Law dictado por la Universidad de California, Estados Unidos. Participó en el Course on Labor Inspection dictado por el International Training Centre of the International Labour Organization (ITC-ILO). Miembro de la International Commission on Occupational Health (ICOH), Sociedad Peruana de Salud Ocupacional (SOPESO) y de la Asociación Peruana de Prevencionistas de Riesgos (APDR). Socia en Estudio Jurídico Raúl Tenorio Fernández. Correo electrónico: claudia.tenorio@rtfabogados.com

/ 23. Licencia a trabajadores en el día programado para su vacunación contra el COVID-19 / 24. Licencia por fallecimiento / 25. Licencias en el Anteproyecto de Código de Trabajo

1. Introducción

En los últimos años, se ha dispuesto la existencia de nuevas licencias laborales. Entre ellas, la licencia por hijo menor de edad con diagnóstico de cáncer (Ley 31041), licencia para los trabajadores que realicen exámenes oncológicos preventivos anuales (Ley 31479) y, licencia para exámenes de detección temprana de cáncer de mama y cuello uterino (Ley 31561).

A continuación, la autora desarrollará los principales aspectos de las **licencias laborales vigentes en nuestro país a la fecha.**¹

2. Licencia por adopción

La licencia por adopción es de 30 días naturales, contados a partir del día siguiente de expedida la Resolución Administrativa de Colocación Familiar y suscrita la respectiva Acta de Entrega del niño. Para el goce de la licencia, el niño a ser adoptado no debe tener más de 12 años. El pago de estos días es cubierto por la empresa.

El trabajador peticionario de adopción deberá comunicar expresamente a su empleador, en un plazo no menor de quince días naturales a la entrega física del niño, de la voluntad de gozar de la licencia correspondiente. La falta de comunicación dentro del plazo establecido impide al trabajador peticionario de adopción el goce de la misma.

Si los trabajadores peticionarios de adopción son cónyuges, la licencia será tomada por la mujer.

Base Legal: Ley 27409.

3. Licencia por paternidad

La licencia por paternidad es el derecho del trabajador a una licencia remunerada por paternidad, en caso de alumbramiento de su cónyuge o conviviente.

Es otorgada por el empleador al padre por diez (10) días calendario consecutivos en los casos de parto natural o cesárea. La remuneración que corresponde al trabajador durante los días que dure la licencia por paternidad equivale a la que hubiera percibido en caso de continuar laborando.

¹La información que se incluye sobre cada una de las licencias mencionadas ha sido obtenida de la base legal que se menciona al final de las mismas.

En los siguientes casos especiales el plazo de la licencia es de:

- a) Veinte (20) días calendario consecutivos por nacimientos prematuros y partos múltiples.
- b) Treinta (30) días calendario consecutivos por nacimiento con enfermedad congénita terminal o discapacidad severa.
- c) Treinta (30) días calendario consecutivos por complicaciones graves en la salud de la madre.

El plazo de la licencia se computa a partir de la fecha que el trabajador indique entre las siguientes alternativas:

- a) Desde la fecha de nacimiento del hijo o hija.
- b) Desde la fecha en que la madre o el hijo o hija son dados de alta por el centro médico respectivo.
- c) A partir del tercer día anterior a la fecha probable de parto, acreditada. .

Base Legal: Ley 29409 y Decreto Supremo 014-2010-TR.

4. Licencia por descanso prenatal y post natal

Es derecho de la trabajadora gestante gozar de 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso postnatal (98 días naturales en total).

El goce de descanso prenatal podrá ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado por el post natal, a decisión de la trabajadora gestante. Tal decisión deberá ser comunicada al empleador con una antelación no menor de dos meses a la fecha probable de parto.

El descanso postnatal se extiende por treinta (30) días naturales adicionales en los casos de nacimiento múltiple o nacimiento de niños con discapacidad. En este último caso, la discapacidad es acreditada con la presentación del correspondiente certificado otorgado por el profesional de salud debidamente autorizado.

La trabajadora gestante puede optar por diferir en todo o en parte el goce del descanso pre natal, en cuyo caso el número de días naturales diferidos se acumulará al período de descanso post natal.

Para dicho efecto, deberá comunicar por escrito su decisión al empleador hasta dos (2) meses antes de la fecha probable del parto, indicando el nú-

mero de días de descanso pre natal que desea acumular al período de descanso post natal y acompañando el correspondiente informe médico que certifique que la postergación del descanso pre natal por dicho número de días no afectará de ningún modo a la trabajadora gestante o al concebido; pudiendo éste ser variado por razones de salud de la gestante o del concebido debido a una contingencia imprevista.

Esta decisión no requiere aceptación ni aprobación del empleador, por lo que la postergación produce efectos desde la recepción del documento que la comunica.

Base Legal: Ley 26644 y Decreto Supremo 005-2011-TR.

5. Permiso por lactancia materna

La madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad. En caso de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se incrementará una hora más al día.

Este permiso podrá ser fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de su jornada laboral, en ningún caso será materia de descuento. La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá el derecho, el cual no podrá ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio.

Base Legal: Ley 27240.

6. Licencia a los trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave

Es un derecho del trabajador a gozar de licencia en los casos de tener un hijo, padre o madre, cónyuge o conviviente, o persona bajo su curatela o tutela, enfermo diagnosticado en estado grave o terminal, o que sufra accidente que ponga en serio riesgo su vida, con el objeto de asistirlo. Se entiende por cada uno de dicho parentescos, lo siguiente:

- **Familiares directos:** son los hijos, independientemente de su edad; padre o madre; cónyuge o conviviente del trabajador. Asimismo, se considera a los menores de edad sujetos a tutela, así como a los incapaces mayores de edad sujetos a curatela. Las instituciones de tutela y curatela se rigen por lo previsto en las normas correspondientes del Código Civil.

- **Conviviente:** es aquella persona que junto con el trabajador conforma una unión de hecho, según lo establecido en el artículo 326 del Código Civil. La unión de hecho debe ser declarada judicialmente o ante notario público.
- **Enfermedad grave:** es aquella cuyo desarrollo pone en riesgo inminente la vida del paciente y requiere cuidado médico directo, continuo y permanente; siendo necesaria la hospitalización.
- **Enfermedad terminal:** es aquella situación producto del padecimiento de una enfermedad avanzada, progresiva e incurable en la que no existe posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico y con un pronóstico de vida inferior a seis (6) meses.
- **Accidente grave:** es cualquier suceso provocado por una acción imprevista, fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta que obra súbitamente sobre la persona, independientemente de su voluntad, que puede ser determinada de una manera cierta y que pone en serio e inminente riesgo la vida de la persona; siendo necesaria la hospitalización.
- **Certificado médico:** documento emitido por un profesional médico habilitado, perteneciente a un establecimiento de salud, público o privado, en el que conste el estado de salud del familiar o conviviente y en el cual se califique si constituye una enfermedad grave o terminal, o un accidente grave. (Anexo del Decreto Supremo 008-2017-TR)

El derecho al goce de una licencia remunerada por el plazo máximo de siete (7) días calendario en caso de contar con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave, corresponde a los trabajadores de la actividad pública y privada, independientemente del régimen laboral al que pertenezcan.

La licencia es otorgada por el plazo máximo de siete días calendario continuos, con goce de haber. Por acuerdo de partes o disposición del empleador, la licencia puede gozarse de forma discontinua, mientras subsistan los supuestos que ameritan su otorgamiento.

De ser necesario más días de licencia, estos son concedidos por un lapso adicional no mayor de treinta días, a cuenta del derecho vacacional. El trabajador debe justificar la necesidad de asistencia del trabajador al familiar directo, presentando el certificado médico correspondiente.

Asimismo, se puede convenir con el empleador el otorgamiento de períodos adicionales que serán compensados con horas extraordinarias de labores, las que no originan pago de sobretasa alguna. Para que el trabajador haga uso de estos periodos, debe haber suscrito previamente el acuerdo de compensación con su empleador.

Base Legal: Ley 30012 y Decreto Supremo 008-2017-TR.

7. Licencia al trabajador para la asistencia médica y terapia de rehabilitación de personas con discapacidad

Consiste en el derecho de los trabajadores de la actividad pública y privada a gozar de licencia para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación que requieran sus hijos o hijas menores con discapacidad y menores con discapacidad sujetos a su tutela.

Dicha licencia es otorgada también a los trabajadores y trabajadoras designados como apoyo de una persona mayor de edad con discapacidad, conforme al Código Civil, y que se encuentran en condición de dependencia.

A continuación, algunos conceptos a tenerse en consideración:

- **Asistencia médica:** comprende las medidas de prevención, tratamiento, recuperación, relativas al cuidado de la salud y bienestar de la persona.
- **Persona mayor de edad con discapacidad en condición de dependencia:** es aquella cuya discapacidad se certifique como moderada y/o severa de acuerdo con el punto 5.5 de la NTS N° 127-MINSA/2016/DGIESP “Norma técnica de salud para la evaluación, calificación y certificación de la persona con discapacidad”, aprobada por Resolución Ministerial N° 981-2016-MINSA del Ministerio de Salud; o norma que la sustituya.
- **Terapia de rehabilitación:** es el conjunto de medidas que implican el cuidado del paciente, comprendiendo las técnicas y tratamientos especializados destinados a recuperar o incrementar la funcionalidad de un órgano, sistema o aparato alterado por una enfermedad incapacitante.
- **Apoyo:** es el trabajador designado notarial o judicialmente, conforme al Código Civil, como apoyo de una persona mayor de edad con discapacidad en condición de dependencia y cuyas facultades guardan relación con el acompañamiento a la asistencia médica o terapia de rehabilitación que aquella requiera.

La licencia es otorgada con goce haber por el empleador al padre, madre, tutor o apoyo de la persona con discapacidad que requiera asistencia médica o terapia de rehabilitación, hasta por cincuenta y seis horas consecutivas o alternas anualmente.

En caso se requieran horas adicionales, las licencias se compensan con horas extraordinarias de labores, previo acuerdo con el empleador.

Las horas extraordinarias compensatorias no originan pago de sobretasa alguna siempre que se limiten al periodo efectivamente utilizado por el trabajador. En caso de que las horas extraordinarias de trabajo superen al periodo efectivamente utilizado, el exceso se sujeta a las normas que regulan la prestación de trabajo en sobretiempo en el sector público o privado, según corresponda.

El trabajador comunica al empleador solicitando este derecho con una anticipación de siete días naturales al inicio de las terapias de rehabilitación o asistencia médica, adjuntando la cita médica.

El trabajador debe presentar una solicitud en la que se indiquen los motivos, los días y las horas en que se desea hacer uso de las horas de licencia. La solicitud debe ser acompañada de la documentación correspondiente.

Base Legal: Ley 30119 y Decreto Supremo 013-2017-TR.

8. Licencia a los trabajadores con familiares directos y cuidadores a cargo de la atención de los pacientes con enfermedad de Alzheimer y otras demencias

Los familiares directos y cuidadores a cargo de la atención de los pacientes con enfermedad de Alzheimer y otras demencias tienen derecho a solicitar a su empleador un permiso remunerado de hasta una jornada laboral de permiso remunerado al año, a fin de atender las necesidades del paciente.

Para tal efecto, la jornada laboral es aquella que corresponde al trabajador que solicita el permiso.

El permiso remunerado puede gozarse por horas, no necesariamente continuas, siempre que no supere el equivalente a una jornada laboral del trabajador dentro del año calendario respectivo.

Para el goce del permiso remunerado, el trabajador debe presentar a su empleador con una anticipación mínima de 72 horas al día que pedirá permiso, lo siguiente:

- a) Una comunicación escrita por medio físico o correo electrónico dirigida al empleador solicitando el otorgamiento del permiso remunerado e indicando la fecha, cantidad de horas requeridas y los hechos que lo motivan.
- b) En el caso de familiar directo, la documentación que acredita su vínculo con el paciente con enfermedad de Alzheimer y otras demencias.
- c) En el caso del cuidador, la designación vía notarial, certificado médico, informe médico, constancia policial o certificado domiciliar respectivo.

Base Legal: Ley 30795 y Decreto Supremo 030-2018-SA.

9. Facilidades a los trabajadores con familiares directos y cuidadores a cargo de la atención de los pacientes con enfermedad de Alzheimer y otras demencias

Los familiares directos y cuidadores a cargo de la atención de los pacientes con enfermedad de Alzheimer y otras demencias tienen derecho a solicitar y recibir, de común acuerdo con su empleador, las facilidades laborales extraordinarias que le permitan atender situaciones vinculadas con la evaluación y atención impostergable del paciente.

Entre las facilidades laborales extraordinarias, se consideran las siguientes:

- a) Ajustes en la jornada, horario y/o turnos de trabajo.
- b) Cambio de la modalidad presencial de trabajo a la de teletrabajo, total o parcial.
- c) Permisos remunerados adicionales a la jornada de permiso; y/o permisos sujetos a compensación o descuento.
- d) Licencias con goce o sin goce de haber; o licencia a cuenta del periodo vacacional u otorgamiento de adelanto de vacaciones, en el marco de las normas aplicables al régimen laboral del respectivo trabajador.
- e) Otras facilidades que se otorguen de común acuerdo con el empleador.

Los trabajadores tienen derecho a solicitar facilidades laborales extraordinarias, quedando sujeto el otorgamiento de las mismas a la autorización del empleador.

Las reglas para la solicitud y otorgamiento de las facilidades laborales extraordinarias son establecidas por cada empleador, observando las normas generales que sean de aplicación según la materia.

Base Legal: Ley 30795 y Decreto Supremo 030-2018-SA.

10. Licencia por hijo menor de edad con diagnóstico de cáncer

Se otorga licencia con goce de haber por el periodo no mayor a un año y de acuerdo con las necesidades del trabajador cuyo hijo, niño o adolescente menor de 18 años sea diagnosticado de cáncer por el médico especialista, el cual deberá ser cubierto los primeros veintiún (21) días por el empleador y el tiempo restante por EsSalud.

Base Legal: Ley 31041.

11. Licencia para los trabajadores que realicen exámenes oncológicos preventivos anuales

Los trabajadores, sin perjuicio de que su empleador sea del sector público o privado e independientemente de la naturaleza contractual de su vínculo laboral, tienen derecho a una licencia anual compensable, hasta por dos días hábiles, consecutivos o no, para someterse a sus exámenes preventivos oncológicos.

Para acceder a esta licencia, previamente el trabajador debe coordinar con el empleador o autoridad superior, además de presentar la orden médica en la que se indiquen los exámenes a realizar. Asimismo, posteriormente debe presentar los documentos que acrediten dicha atención.

La licencia otorgada al trabajador será compensable con horas de trabajo que serán acordadas con el empleador.

Base Legal: Ley 31479.

12. Licencia para exámenes de detección temprana de cáncer de mama y cuello uterino

Las mujeres trabajadoras de la actividad pública y privada, incluida la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas, tienen derecho a un día al año de licencia con goce de haber, cuando concurren a realizarse los exámenes de detección temprana del cáncer de mama y de cuello uterino.

El procedimiento, modo y plazos para la acreditación de los exámenes de detección temprana se establecen en el reglamento de la Ley.

Base Legal: Ley 31561.

13. Licencia para continuar con tratamiento de tuberculosis

El trabajador afectado por tuberculosis, una vez concluido su periodo de descanso médico, tiene derecho a ingresar una hora después o salir una hora antes, en los días que corresponda su tratamiento hasta su culminación, con la finalidad de que cumpla su tratamiento supervisado. Esta facilidad está sujeta a compensación.

El establecimiento de salud expide gratuitamente una constancia mensual sobre la asistencia del trabajador afectado por tuberculosis a su tratamiento, la cual es presentada al empleador. En caso de que el trabajador afectado por tuberculosis no asista al establecimiento de salud, se procede al descuento respectivo.

Base Legal: Ley 30287.

14. Licencia por declaración de testigos

En las audiencias laborales, los testigos no presencian el desarrollo de la audiencia y solo ingresan a ella en el momento que les corresponda.

El secretario del juzgado expide al testigo una constancia de asistencia a fin de acreditar el cumplimiento de su deber ciudadano. Tratándose de un trabajador, dicha constancia sirve para sustentar ante su empleador la inasistencia y el pago de la remuneración por el tiempo de ausencia.

Base Legal: Ley 29497.

15. Licencia para trabajadores donantes de sangre

Todo trabajador que desee donar sangre tiene derecho a que su centro laboral le otorgue permiso por el tiempo que demande el proceso de la donación. Esto incluye las donaciones especiales como las aféresis y las autólogas.

El empleador otorgará permiso a sus trabajadores si la institución de salud donde se ubica el Banco de Sangre no contase con horarios de atención fuera de horas de trabajo y siempre que ello no afecte la producción de su centro laboral.

El donante debe presentar obligatoriamente a su centro laboral el certificado o constancia emitido por la institución de salud donde se ubica el Banco de Sangre.

Base Legal: Ley 27282.

16. Licencia por incapacidad temporal del trabajador

La duración del descanso médico depende en la incapacidad del trabajador para trabajar. Durante los primeros 20 días de incapacidad, el empleador está obligado al pago de la remuneración correspondiente al descanso médico.

Luego de dicho periodo, la Seguridad Social cubrirá el descanso médico con el pago del subsidio por incapacidad temporal por hasta un máximo de 11 meses y 10 días (el empleador paga el monto y luego es reembolsado por la seguridad social).

Base Legal: Ley 26790.

17. Licencia por violencia familiar

El trabajador que es víctima de la violencia tiene el derecho a la suspensión de la relación laboral. El juez a cargo del proceso puede, a pedido de la víctima y atendiendo a la gravedad de la situación, conceder hasta un máximo de cinco meses consecutivos de suspensión de la relación laboral sin goce de remuneraciones.

La reincorporación del trabajador o trabajadora a su centro de trabajo debe realizarse en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión de la relación laboral.

Base Legal: Decreto Supremo 004-2020-MIMP.

18. Licencia por Servicio Militar

Todos aquellos que estando en la Reserva sean llamados a cumplir períodos de instrucción y entrenamiento o sean requeridos en casos de movilización o de grave amenaza o peligro inminente para la Seguridad y Defensa Nacional, tienen derecho a licencia con goce de haber hasta por un máximo de 30 (treinta) días si se trata de trabajador dependiente en el sector privado.

Vencido el plazo, el Estado asumirá el pago de las remuneraciones y bonificaciones por intermedio de la Institución de las Fuerzas Armadas respectiva.

Base Legal: Ley 29248.

19. Licencia sindical

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, 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.

Base Legal: Decreto Supremo 010-2003-TR.

20. Licencia a miembros del Comité o al Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo

Los miembros del comité paritario y supervisores de seguridad y salud en el trabajo tienen el derecho a obtener, previa autorización del mismo comité, una licencia con goce de haber para la realización de sus funciones. Los días de licencia o su fracción se consideran efectivamente laborados para todo efecto legal.

La licencia es por treinta (30) días naturales por año calendario para la realización de sus funciones. Cuando las actividades tengan duración menor a un año, el número de días de licencia es computado en forma proporcional. La ampliación de la licencia sin goce de haber requiere la opinión favorable del comité paritario.

Base Legal: Ley 29783 y Decreto Supremo 005-2012-TR.

21. Licencia para trabajadores seleccionados para representar al Perú en eventos oficiales nacionales e internacionales

Los trabajadores de los sectores público y privado y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que sean seleccionados para representar al Perú en eventos deportivos internacionales oficiales del Sistema Olímpico o Federativo Internacional tienen derecho a una licencia con goce de haber, así como a facilidades para entrenar, desplazarse, permanecer en concentración y competir. Este derecho se extiende a dirigentes, entrenadores y agentes deportivos.

Los deportistas que participen en eventos oficiales nacionales o regionales reconocidos por la Federación Deportiva respectiva y/o Consejo del Deporte Escolar también gozarán de estas facilidades.

Base Legal: Ley 28036.

22. Licencia para bomberos voluntarios

Los trabajadores que se desempeñan como bomberos voluntarios ejercen un cargo cívico y tienen derecho a licencia con goce de remuneraciones, cuando sean convocados por el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú (CGBVP), para la atención de emergencias por incendios, accidentes, desastres o calamidades naturales o inducidas; u otros sucesos que ponen en riesgo a las personas o al orden público; en cualquier parte del territorio nacional, incluyendo las zonas declaradas en estado de emergencia.

Base Legal: Decreto Supremo 001-2017-TR.

23. Licencia a trabajadores en el día programado para su vacunación contra el COVID-19

La licencia por vacunación es otorgada hasta por cuatro horas en el día programado para la vacunación, con goce de haber. La licencia será comunicada al empleador y tramitada por el área de recursos humanos del centro laboral, o el que haga sus veces, por lo menos con cuarenta y ocho horas de anticipación.

De existir una situación excepcional por la cual el centro de vacunación no se encuentre operando el día de la licencia, se podrá volver a solicitar la licencia conforme a lo establecido en el párrafo anterior.

Base Legal: Ley 31334.

24. Licencia por fallecimiento

La licencia por fallecimiento de cónyuge, padres, hijos y hermanos es otorgada por un plazo de cinco (5) días calendario. Cuando el deceso se produzca en un lugar geográfico diferente de donde se ubica el centro laboral del trabajador, la licencia se extiende hasta por el término de la distancia, de acuerdo a lo que señale el reglamento.

Los beneficios obtenidos por los trabajadores sobre licencias, por decisión unilateral o por convenio colectivo, se mantienen vigentes en cuanto sean más favorables al trabajador.

Base Legal: Ley 31602.

25. Licencias en el Anteproyecto de Código de Trabajo

Las licencias detalladas líneas arriba son las vigentes en la actualidad en nuestro país. Sin embargo, es importante resaltar que, la **Propuesta de Anteproyecto de Código de Trabajo (Resolución Ministerial 232-2021-TR)** también regula o menciona algunas licencias, las cuales la autora hace mención brevemente a continuación:

- a. Licencia para desempeñar cargo cívico o público, de representación nacional y para cumplir el servicio militar.
- b. Licencia para el desempeño de cargos sindicales y de representación de los trabajadores.
- c. Licencias sindicales.
- d. Licencia por paternidad. Licencia remunerada en caso del nacimiento de su hijo, por diez (10) días hábiles consecutivos en los casos de parto natural o cesárea.
- e. Licencia para el padre trabajador en caso de enfermedad, hospitalización o muerte de cónyuge o conviviente, antes, durante o después de que nazca vivo su hijo. Derecho a la licencia con goce de haber equivalente al tiempo que falte para que expire el periodo de descanso postnatal concedido a la madre.
- f. Licencia laboral por adopción. Licencia con goce de haber de treinta (30) días calendario, siempre que el adoptado no tenga más de doce (12) años de edad.
- g. Licencia para el trabajador con responsabilidades familiares respecto a los hijos a su cargo y a otros miembros de su familia que necesiten su cuidado o sostén. Se otorgarán veinte (20) días al año de licencia con goce de haber no compensables al trabajador durante determinados días al año, para la atención y cuidado directo del hijo por accidente o enfermedad o por su condición de persona con discapacidad.
- h. Licencia para donantes de órganos. Aplicable a trabajadores que acrediten haber sido seleccionados para realizar una donación o trasplante de órganos o tejidos, médula ósea, células madre, sangre o sus derivados. La licencia abarca el tiempo, determinado por el médico especialista, que se requiera para la evaluación, pruebas y controles médicos previos y posteriores a la donación o trasplante, así como el término de la distancia en caso de traslado a una localidad diferente a la del centro de trabajo.

Análisis constitucional de la vulneración del derecho a la igualdad en el Régimen CAS*

Iván Alberto Gutierrez Luna*
Universidad Nacional de Cajamarca

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Antecedentes / 3. Respecto de la normativa vigente aplicada al régimen CAS / 4. Ampliación del test de igualdad sobre el D.L. 1057 / 5. Conclusiones.

1. Introducción

En la actualidad, una de las modalidades de contratación de trabajadores más abundante en el aparato estatal es la del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 1057 – CAS, curiosamente, uno de los regímenes formales con mayor restricción de derechos laborales respecto de otras modalidades de contratación estatal, siendo una de las modalidades de contratación más abundantes en el sector público, puesto que se la concibe como un sistema más simple y de condición temporal. En función a ello, en el presente trabajo se esbozan las principales carencias de los beneficios laborales de los servidores CAS, así mismo, se realizará un análisis de la referida norma, sus principales aristas y si ésta vulnera el derecho a la igualdad. Así pues, la pregunta que surge es: ¿El régimen CAS constituye discriminación laboral? Ante tal interrogante, es preciso utilizar el test de igualdad, que será desarrollado en el presente trabajo, el cual invito a dar lectura.

2. Antecedentes

Para empezar, cabe señalar que, si bien, este régimen creado en el año 2008 pretendía mejorar las condiciones laborales de aquellos trabajadores con-

* Escrito académico para el I Congreso Internacional de Derecho Laboral, Fiscalización Laboral, Seguridad y Salud en el Trabajo & I Congreso Nacional de Derecho Laboral, Porcesal del Trabajo y Promoción del Empleo, organizado por Amachaq Escuela Jurídica desde el 27 al 29 de octubre del 2022.

** Bachiller en Derecho, por la Universidad Nacional de Cajamarca; miembro de la Asociación de Estudios e Investigación Derecho & Empresa, asistente legal de la ONG GRUFIDES, asistente Legal del Estudio Jurídico Valdivia y Asociados.

tratados mediante la modalidad de Servicios No Personales – SNP, el resultado quedaría lejos de ser una solución adecuada y suficiente, pues los denominados contratos administrativos de servicios seguían sin mantener un carácter laboral. Sin embargo, en el año 2010, esta concepción fue superada a partir del razonamiento expuesto mediante el fundamento 47 de la STC EXP. N°0002-2010-A, que reconoce al contrato administrativo de servicios como “*un régimen “especial” de contratación laboral para el sector público*”

Pero ello no fue suficiente, ya que se mantuvieron las carencias de derechos laborales para los servidores que pertenecían a este régimen, pese a que, en los hechos, los empleados CAS desempeñan las mismas funciones, con las mismas exigencias y desafíos que sus homólogos nombrados en los regímenes de los Decretos Legislativos N° 728 y N° 276.

Estas diferencias se ven reflejadas principalmente en los siguientes aspectos:

La imposibilidad de aumento de remuneración de manera directa, pues si bien, según lo regulado mediante el artículo 7° del Reglamento, Decreto Supremo N° 075-2008-PCM), las entidades pueden modificar las condiciones de la prestación de servicios, debemos tener en cuenta que, “*La modificación del modo de la prestación de servicios, no incluye la variación de la función o cargo ni del monto de la retribución originalmente pactada*” (énfasis propio). Es decir, si el servidor CAS desea un aumento, necesariamente deberá volver a postular.

Aguinaldo por fiestas patrias y navidad en montos inferiores al de otros regímenes laborales; siendo que, este año corresponde el monto de S/. 300.00. ¹

Ausencia de Compensación por Tiempo de Servicios - CTS, lo cual representa una grave “vulneración de la naturaleza jurídica del CTS, ya que este es un beneficio social que cumple un doble rol: (i) la previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo y (ii) la promoción del trabajador y su familia, tal como se señala en el artículo 1° del Decreto Supremo N° 001-97-TR.”.²

Con la finalidad de cambiar tal situación, el 10 de marzo de 2021 entró en vigencia la Ley N° 31131 (Ley que establece disposiciones para erra-

¹ Según lo dispuesto mediante el numeral 7.3 del artículo 7, de la Ley N° 31365, Ley de Presupuesto de Sector Público Para el Año Fiscal 2022.

² Apaza, P. A. (28 de 09 de 2020). Enfoque Derecho. Obtenido de www.enfoquederecho.com/2020/09/28/regimen-cas-por-que-debe-ser-eliminado/.

dicar la discriminación en los regímenes laborales), que tuvo como objeto eliminar progresivamente el régimen de contratación administrativa de servicios (Decreto Legislativo N° 1057), a partir de la incorporación de los servidores CAS a los regímenes laborales del Decreto Legislativo N° 276 y el Decreto Legislativo N° 728. Sin embargo, tal intento se vio frustrado debido a lo resuelto por el Pleno, en la Sentencia 979/2021, recaída en el Expediente 00013-2021-PI/TC, mediante la cual se resolvió declarar fundada en parte la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo, que señala, en consecuencia: *“inconstitucionales los artículos 1, 2, 3, 4 (segundo párrafo) y 5, así como la primera y segunda disposiciones complementarias finales de la Ley 31131.”*

3. Respeto de la normativa vigente aplicada al régimen CAS

Siendo así, se deberá tener en cuenta, prima facie, cuáles son los mandatos vigentes contenidos en la Ley N° 31131 luego de la emisión de la Sentencia 979/2021 del Tribunal Constitucional, es decir, aquellos artículos no declarados inconstitucionales, dentro de los cuales encontramos: El artículo 4, exceptuando el segundo párrafo, el cual versa sobre el carácter indefinido del Contrato Administrativo de Servicios y el despido únicamente por causa debidamente comprobada; y, la Única Disposición Complementaria Modificatoria, mediante la cual se modifican los artículos 5 y 10 del Decreto Legislativo N° 1057, cuya variación establece el plazo indeterminado del contrato administrativo de servicios y el despido por causa debidamente comprobada respectivamente. Queda claro que, si bien la Ley N° 31131 fue declarada inconstitucional en la mayoría de sus extremos, el Tribunal constitucional ha creído conveniente garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores avalando la plena vigencia de los derechos reconocidos en artículo 22³ de la Constitución.

Si bien es cierto la Sentencia en mención representa un avance en la protección de la estabilidad laboral en el régimen CAS, también implica un lamentable retroceso respecto de la finalidad perseguida desde hace ya 10 años con la dación de la Ley N° 29849, esto es, la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo N° 1057.

4. Ampliación del test de igualdad sobre el D.L. 1057

En este punto, cabe referirnos a la interrogante planteada inicialmente y determinar si este régimen incurre en discriminación laboral, para lo cual

3 “Artículo 22.- Protección y fomento del empleo

El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.”

nos valdremos del test de igualdad, que ha sido empleado por el Tribunal Constitucional para resolver cuestiones de similar índole; siendo las de mayor relevancia, las sentencias contenidas en los Expedientes N° 05 00045-2004-PI/TC y N° 00004-2006-PI/TC, donde se desarrolla el referido test, que comprende: “a) *Determinación del tratamiento legislativo diferente*; b) *Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad*; c) *Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin)*; d) *Examen de idoneidad*; e) *Examen de necesidad*; y f) *Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación*.⁴ Así pues, con el objetivo de resolver el planteamiento formulado en el presente trabajo, a continuación, desarrollaré cada una de estas fases del test de igualdad aplicadas al Decreto Legislativo N° 1057.

En cuanto al primer paso (determinación del tratamiento legislativo diferente), cabe mencionar que la situación jurídica a evaluar se constituye por el trato diferenciado que existe entre los trabajadores CAS y aquellos pertenecientes a los regímenes de los Decretos Legislativos N° 276 y N° 728, en tanto estos últimos ostentan mejores condiciones laborales, tales como el otorgamiento de Compensación por Tiempo de Servicios – CTS, mejoras salariales, pago de horas extras, entre otros. Siendo así, la situación jurídica que funciona como término de comparación en el caso en concreto, es aquella en que los servidores CAS realizan las mismas funciones, se encuentran sujetos a las mismas obligaciones y responsabilidades que sus homólogos de otros regímenes, pero con derechos laborales recortados, contraviniendo los principios laborales recogidos en el literal d) del artículo 2 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales: “*d) A trabajo igual debe corresponder igual remuneración, cualquiera que sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador.*”.

Por citar un ejemplo nos remitiremos al caso de los trabajadores profesionales y técnicos de la Red de Salud de Lambayeque, quienes a pesar de sus años de experiencia, perciben sueldos inferiores al de sus colegas nombrados, que, según declaraciones brindadas al Diario la República,⁵ luego de la vigencia de la Ley N° 31131, tuvieron como única mejora a su situación laboral, un trabajo a plazo indeterminado, manteniéndose privados de otros beneficios como el derecho a nombramiento, bonos de productividad, pago de horas extras, entre otros. Por ello, considero superado este primer nivel, dado el tratamiento legal diferenciado a iguales situaciones de hecho.

4 Gutarra, E. F. (23 de septiembre de 2014). Frente al trato desigual, El test de igualdad. Jurídica, suplemento de análisis legal. Ver en: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/92F017C5693983D8052581BD005CD289/\\$FILE/JURIDICA520.PDF](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/92F017C5693983D8052581BD005CD289/$FILE/JURIDICA520.PDF).

5 <https://larepublica.pe/sociedad/2022/06/03/lambayeque-trabajadores-cas-exigen-aumento-de-sueldo-y-nombramiento-lrnd/>.

Respecto del segundo paso (determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad), cabe resaltar que la diferenciación a la que se hace referencia, implica la vulneración de derechos constitucionales del ámbito laboral, e incluso, el derecho fundamental a la dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado; por lo que, la intervención normativa tiene una intensidad grave.

Sobre el tercer paso (Determinación de la finalidad del tratamiento diferente - objetivo y fin), es necesario indicar que mediante el Decreto legislativo N° 1057, se pretende “*garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública*”,⁶ asimismo, mediante la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 31131, de fecha 10 de mayo de 2021, interpuesta por el Poder Ejecutivo, se alega – en líneas generales – la no eliminación del régimen CAS, bajo el argumento de que ello ocasionaría un gran impacto a la economía del país, debiéndose tener en cuenta el análisis de los ingresos y gastos consignados en el presupuesto, puesto que, la incorporación inmediata de los trabajadores CAS en los regímenes N° 728 y N° 276, así como su contratación a plazo indefinido, implica un gasto público no sustentado, causando ausencia de recursos para la implementación de tales medidas, vulnerando los principios de equilibrio y unidad presupuestal⁷. En consecuencia, aparentemente se estaría superando el tercer paso de este test, dado el fin constitucional y legítimo que se persigue a través de la regulación del régimen CAS; sin embargo, ello no implica que dicha medida sea razonable y proporcional.

En cuanto al cuarto paso (examen de Idoneidad), se deberá entender este apartado como la relación de causalidad entre el medio empleado y la finalidad. Siendo así, se puede concluir que la regulación del régimen CAS, así como los fundamentos para su no eliminación, sí cumplen con la finalidad expuesta líneas atrás, por lo que considero superado este paso.

Respecto del examen de necesidad, como quinto paso, se requiere que la medida adoptada, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución de un fin legítimo, sin que exista una medida alternativa que sea igualmente idónea para conseguir dicho fin, que influya en menor medida en el derecho constitucional que se afecta o simplemente no lo afecte, de otro modo la medida devendrá en inconstitucional. En el presente caso, considero que la vigencia del régimen CAS, no resulta absolutamente necesaria para la consecución del fin que pretende, más aún cuando desde el año 2012 se trabaja en la eliminación progresiva del régi-

6 Artículo 1 del Decreto Legislativo 1057.

7 Artículo 78 de la Constitución Política del Perú.

men CAS, mediante la aprobación de la Ley N° 29849, y posteriormente en el año 2021 con la Ley N° 31131, siendo esta última una propuesta válida y razonable a partir de lo regulado en el artículo 3 de dicha norma, referente a la aplicación progresiva⁸ en un plazo de 5 años. Por otro lado, sería también una medida alternativa la agilización del tránsito de las Entidades al Servicio Civil, pues a la fecha se evidencia un proceso estancado respecto de tal finalidad.

Siendo así, a través de las medidas alternativas expuestas se permitiría que los trabajadores puedan acceder a mejores condiciones laborales lo cual motivaría a los servidores CAS a brindar un mejor servicio de calidad, con igualdad de oportunidades y profesionalismo, lamentablemente el Tribunal Constitucional retrocedió ante la oportunidad de tomar medidas alternas que permitan la eliminación de un régimen que vulnera derechos laborales. Por ello, ante la existencia de medidas alternativas igualmente idóneas, considero que no se supera el quinto paso del test; en consecuencia, la norma en cuestión es contraria al derecho de igualdad.

Por último, y a pesar de no haberse superado el quinto paso, considero necesario el análisis del examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación como sexto paso, pues a través de este examen se puede evidenciar aún más claramente la vulneración al derecho de igualdad. Con este fin, se deberá realizar una ponderación *“proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad (...) cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional.”*⁹

Respecto de este punto, considero que no se logra superar el sexto paso, pues la afectación del derecho a igualdad de los trabajadores del régimen CAS, no es proporcional con la finalidad de la norma, ni con los fundamentado por el ejecutivo a través de su demanda de inconstitucionalidad, pues ya en reiterados pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha establecido que la disponibilidad presupuestaria no puede ser un obstáculo ni una condición para el reconocimiento de los derechos laborales; este es el caso de lo resuelto mediante el fundamento 7 de la Sentencia recaída en el Exp. N.° 03767-2007-PC/TC – Lambayeque, mediante el cual se establece lo siguiente: *“Por consiguiente, a pesar de que el mandamus contenido en la resolución materia de este proceso estaría sujeto a una condición –la disponi-*

⁸ Respecto del tránsito de los trabajadores CAS a los regímenes laborales del decreto legislativo 276 y 728.

⁹ Fundamento 40 de la Sentencia del Tribunal Constitucional contenida en el Exp. N° 045-2004-PI/TC.

bilidad presupuestaria y financiera de la emplazada–, debemos considerar que este Tribunal ya ha establecido expresamente (Cfr: SSTC N° 01203-2005-PC, 03855-2006-PC y 06091-2006-PC) que este tipo de condición es irrazonable, más aún teniendo en cuenta que desde la expedición de tal resolución hasta la fecha han transcurrido más de 3 años (cuatro ejercicios presupuestarios) sin que se haga efectivo el pago reclamado, y máxime si se tiene presente que la resolución materia de cumplimiento reconoce beneficios sociales, derecho que tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador conforme lo establece el artículo 24.º de la Constitución Política.”

5. Conclusiones

En suma, dado el breve análisis realizado, se puede concluir que, la aplicación del Decreto Legislativo N° 1057 como régimen lesivo de derechos laborales, principalmente el derecho a la igualdad, no es estrictamente necesario, pues existen alternativas idóneas que no comprometen la vulneración de derechos laborales, con las que se puede alcanzar la igualdad de oportunidades y profesionalismo en la administración pública. Asimismo, la referida norma no es razonable, pues los derechos laborales tienen especial prevalencia por sobre cualquier obligación del empleador, no siendo justificable el desmedro de estos para la protección de los fines del Estado. Por tales consideraciones, y en respuesta a la interrogante inicial, el régimen CAS es abiertamente discriminador de los derechos laborales entre los servidores del aparato estatal.

II. DERECHO PREVISIONAL

El Sistema de Pensiones en el Perú: Problemas y retos*

Leopoldo Gamarra Vílchez**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El Sistema Público de Pensiones: Decreto Ley 19990 / 2.1. Características fundamentales. / 2.2. Cambios que desnaturalizaron el sistema / 2.3 Problemas y cuestionamientos / 3. El Sistema Privado de Pensiones: Decreto Ley 25897 / 3.1. Origen del Sistema Privado de Pensiones / 3.2. Características fundamentales / 3.3. Debilidades del sistema y cuestionamientos específicos / 3.4. Principales reformas del 2000 al 2021 / 4. Los retos a manera de propuesta

1. Introducción

Agradezco la invitación de los miembros de Amachaq-Escuela Jurídica a participar en el Primer Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; asimismo los felicito por la organización de este importante evento académico sobre los temas actuales que se vienen discutiendo en nuestro país. En ese sentido, desarrollaré el tema del sistema de pensiones en cuanto a los problemas que presenta y también los retos que ellos implican para solucionarlos, como figura en el título de esta ponencia.

* Escrito académico para el I Congreso Internacional de Derecho Laboral, Fiscalización Laboral, Seguridad y Salud en el Trabajo & I Congreso Nacional de Derecho Laboral, Porcesal del Trabajo y Promoción del Empleo, organizado por Amachaq Escuela Jurídica desde el 27 al 29 de octubre del 2022.

**Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá (España), Magíster en Economía y Relaciones Laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Seguridad Social por la Universidad de Alcalá y la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (España), Diplomado en Sociología por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Profesor titular y coordinador de la Maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Miembro investigador del Instituto de Estudios Latinoamericanos-IELAT de la Universidad de Alcalá (España). Director de la Revista Análisis Laboral de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals). Miembro de distintas instituciones académicas, como la Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo (AIRT), el Equipo Federal de Trabajo de Buenos Aires (Argentina).

Debo partir considerando que el sistema de pensiones en el Perú es contributivo laboral y dual, existiendo paralelamente el público de reparto y el privado de capitalización individual; consideramos también importante el programa nacional “Pensión 65” que es régimen no contributivo y los planes privados ocupacionales, pero sin mayor importancia y con determinada legislación. Esto porque la distribución de los afiliados, en general a un sistema de pensiones es: más del 60 % sin cobertura del seguro pensiones frente a un escaso 31.2 % que comprende el sistema público y el privado y otros planes privados ocupacionales. En el caso específico de buscar una causa diríamos que en el sistema contributivo de pensiones es importante tener en cuenta que la baja cobertura se debe básicamente al grado de informalidad en el empleo, más del 70 % de la PEA. En síntesis, se tiene tres problemas específicos tanto en el sistema público como en el privado: i) la cobertura de los aportantes y de los beneficiarios, es limitada, ii) los beneficios otorgados en cuanto a cantidad y calidad; y, iii) la sostenibilidad financiera.

Por ello, en esta exposición solo trataré específicamente el sistema contributivo público que es conocido como el Sistema Nacional de Pensiones (en adelante SNP) normado por el Decreto Ley 19990 en 1973 y el Sistema Privado de Pensiones (en adelante SPP), que surgió como una alternativa al SNP, a través del Decreto Ley 25897 de 1992, con características muy especiales y específicas.

2. El Sistema Público de Pensiones: Decreto Ley 19990

Para empezar a hablar de este tema tenemos que hablar indudablemente El SNP normado por el Decreto Ley 19990 del 24 de abril de 1973, actualmente a cargo de la Oficina Nacional de Normalización Previsional (en adelante ONP)¹, beneficia a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, a los obreros y servidores públicos². Comprende tres prestaciones: las pensiones de invalidez, jubilación y sobrevivientes, sobresaliendo la segunda. Es un sistema de reparto en donde los trabajadores activos constituyen un fondo pensionario común que en el diseño original debería financiar sus futuras pensiones; es decir, asumiendo el otorgamiento de

1 La ONP fue creada en mayo de 1994 por la Ley 26323 y por D. S. 061-95-EF se aprobó su Estatuto. Así, empezó a funcionar en enero de 1995, haciéndose cargo de la administración del SNP del D. Ley 19990, hasta entonces a cargo del IPSS.

2 En una mirada retrospectiva, el Decreto Ley 19990 como parte del Plan Nacional de Seguridad Social de 1970, es la única experiencia en el Perú donde se planteaba como objetivo “la seguridad social eficiente y generalizada para toda la población, asegurando inicialmente al trabajador y sus familiares” Sin embargo, luego se presentaron problemas graves de financiamiento, corrupción administrativa, falta de control de pago de aportaciones; en definitiva, no se logró cumplir con los objetivos planteados (INIDE, El proceso peruano, segunda edición, octubre, 1975).

prestaciones fijas, sobre contribuciones no-definidas, en valor suficiente para que la aportación colectiva de los trabajadores financie las pensiones.³

2.1. Características fundamentales

El derecho a la pensión de jubilación se determina sobre la base de los criterios de la edad del trabajador (65 años) y sus años de aporte (20 años como mínimo), la tasa de aporte es del 13% de la remuneración pensionable y está a cargo del trabajador, las pensiones se rigen por topes: con un mínimo (S/. 500) y un máximo (S/. 893) de pensiones⁴. Las pensiones no son nivelables y sus ajustes son potestad gubernamental. Se otorgan pensiones de invalidez (50% de remuneración de referencia con al menos 3 años de aporte, 1% más por año adicional) y sobre la totalidad de las cuales deberán haber aportado.

Respecto a las pensiones de sobrevivientes, en los casos de viudez, orfandad y ascendientes, tienen derecho a pensión de viudez la cónyuge del asegurado o pensionista fallecido, y el cónyuge inválido o mayor de sesenta años de la asegurada o pensionista fallecida que haya estado a cargo de ésta, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado por lo menos un año antes del fallecimiento del causante y antes de que éste cumpla sesenta años de edad si fuese hombre o cincuenta años si fuese mujer, o más de dos años antes del fallecimiento del causante en caso de haberse celebrado el matrimonio a edad mayor de las indicadas. Tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho años del asegurado o pensionista fallecido. También tienen derecho a pensión de ascendiente, el padre y/o la madre del asegurado o pensionista fallecido siempre que exista depen-

3 Al respecto, ver: el "Informe sobre los Regímenes Previsionales de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado de la Comisión Especial encargada del Estudio de los Regímenes Pensionarios por el D.S. 003-2001-TR del 15 de Julio de 2001", el estudio del Banco Central de Reserva del Perú, "Regímenes de Pensiones a cargo del Estado"; Subgerencia del Sector Público, Departamento de Análisis del Sector Público, 14 de Julio de 2003; www.bcrp.gob.pe; y, "Los Sistemas de Pensiones en el Perú" Ministerio de Economía y Finanzas, Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales, mayo 2004. También las "Propuestas de reformas en el Sistema de pensiones, financiamiento en la salud y seguro de desempleo" de la Comisión de Protección Social nombrada por el Ministerio de Economía y Finanzas con Resolución Ministerial 017-2017-EF/10; "el Informe del Consejo Evaluador de Pensiones", creado mediante Ley 30939 del 3 de mayo 2019, sobre la evaluación integral de las condiciones de los sistemas de pensiones público y privado; y las exposiciones y entrega de material del Banco Central de Reserva y del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social ante la Comisión especial multipartidaria del Congreso de la República encargada de evaluar, diseñar y proponer el proyecto de ley para la reforma integral del sistema previsional peruano, del 3 de julio de 2020. Por otro lado, desde la academia existen algunas propuestas muy dispersas del Instituto Peruano de Economía, "Propuesta de reforma del sistema de pensiones"; también de las organizaciones sindicales a través de la CGPT con el documento "Diagnóstico y propuesta de reforma del sistema de pensiones".

4 Existe un régimen de jubilación adelantada: edad (55 hombres y 50 mujeres) y aporte (20 años mínimo) al que se pueden acoger los despedidos por reducción o cese colectivo; en este caso la pensión base se reduce en 4 % por cada año de adelanto respecto de la edad de jubilación.

dencia económica del causante; no percibir rentas superiores al monto de la pensión que le correspondería; y no existir beneficiarios de pensión de viudez y orfandad.

Los cambios normativos están referidos a los montos de las pensiones máxima y mínima, al cálculo de la remuneración de referencia, tasa de reemplazo y al requisito de los años de aportación para acceder a los beneficios de la jubilación.⁵

2.2. Cambios que desnaturalizaron el sistema

El Decreto Ley 19990 fue modificado para favorecer expresamente al sistema privado, con dos medidas concretas: se incorporó el requisito de 20 años de aporte para obtener la jubilación y se estableció el tope máximo de la pensión en este sistema. Así, por Decreto Ley 25967 del 7 de diciembre de 1992, se aprobaron⁶: *“Artículo 1°. - Ningún asegurado de los distintos regímenes pensionarios que administra el Instituto Peruano de Seguridad Social, podrá obtener el goce de pensión de jubilación, si no acredita haber efectuado aportaciones por un periodo no menor de veinte años ...”*. (El subrayado es nuestro). *“Artículo 3°. - La pensión máxima mensual que abonará el Instituto Peruano de Seguridad Social, por cualquiera de los regímenes pensionarios que administra, no podrá ser mayor de seiscientos y 00/100 nuevos soles (s/. 600.00) ...”*.

El primer artículo generó muchos problemas a los futuros jubilados que no llegaban a cumplir el requisito de 20 años de aportes, incluso existían muchos casos que solo le faltaban algunos meses o semanas o días y se quedaron sin pensión⁷. El efecto, además del malestar en los aportantes, fue la observación el 2007 de la Comisión de Expertos de la OIT para la aplicación de los convenios y recomendaciones, que es el principal órgano de control de la OIT, dirigida al Perú. Dicha observación, fue relativa al cumplimiento del artículo 29 del Convenio 102 de la OIT en tanto que los sistemas de seguridad social deben garantizar una pensión, aunque sea parcial a las personas que hayan cotizado un mínimo de 15 años. En efecto, el tope máximo, según el Convenio 102 de la OIT, es de 15 años de aportes

5 Principales modificaciones: Decreto Ley 20604 (07/05/74); Decreto Ley 25967 (19/12/92); Ley 27615 (01/01/02); Ley 28071 (04/09/03); Ley 28678 (02/02/06); Ley 28991 (27/03/07); Ley 29451 (20/11/09) y la Ley 29711 (18/06/11).

6 Además, con el artículo 7 del Decreto Ley 25967, se crea la Oficina Nacional de Normalización Previsional (ONP) que sustituyó al Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) que regulaba las dos prestaciones importantes (salud y pensiones del seguro social), con la ONP se separa esta función para ser exclusivamente competente solo en pensiones.

7 Según la ONP, a abril de 2021, eran más de cuatro millones y medio de afiliados con 65 años que no cumplían con el requisito de los 20 años de aporte para obtener una pensión de jubilación. Por ello, se aprobó la Ley 31301 del 23 de julio de 2021, que establece la pensión de jubilación proporcional a los años de aporte, en el rango de 10 a 20 años de aportes. La mencionada ley se fundamentó en la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. 1417-2005-AA/TC) que al interpretar el artículo 11 de la Constitución, reconoce el derecho a la pensión como derecho fundamental.

para recibir pensión. La comisión de expertos tomó nota de que en el sistema peruano de no contar con 20 años de cotizaciones no se le reconoce una pensión.

Entonces, la comisión solicitó al Estado peruano que modifique su legislación para dar cumplimiento del artículo 29 del convenio y así asegurar que a partir de los 15 años de cotizaciones se tenga el derecho a una pensión. También la observación fue relativa a la cuestión de la participación de los asegurados en los sistemas de pensiones. Esto porque uno de los principios básicos del Convenio 102 de la OIT, aplicable a todos los sistemas de seguridad social, es que de alguna manera debe existir un mecanismo que permita que los asegurados estén por lo menos consultados en las decisiones relativas en los sistemas de pensiones y de salud.

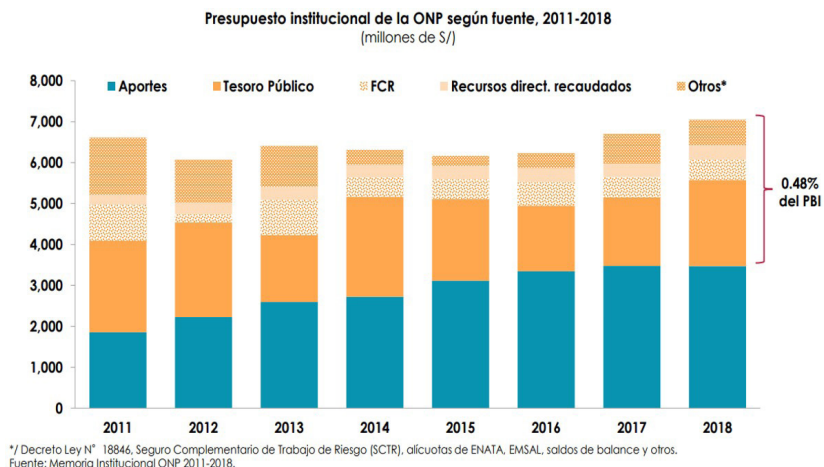
Hasta estos días, ninguna de estas observaciones realizadas por la Comisión de Expertos de la OIT hechas al Estado peruano se han levantado para cumplir con el Convenio 102; incluso, respecto a la participación de los beneficiarios, el gobierno peruano indicó que la imposición de medios de participación podría constituir una violación al derecho a la propiedad privada. La segunda medida (el artículo 3), sobre el tope máximo, tuvo como objetivo ahuyentar del sistema público a los trabajadores aportantes con altos ingresos o medianos ingresos y poder incorporarse trasladándose al sistema privado que había sido creado un día antes con el Decreto Ley 25897 en donde se podía obtener mayores ingresos de pensión de acuerdo con el monto de “ahorro” en sus cuentas individuales de capitalización y rentabilidad especial. En realidad, con estas dos medidas se intentó, en el contexto del proceso de privatización de las pensiones, cerrar prácticamente el sistema público.

2.3. Problemas y cuestionamientos

El principal problema, producto de los cambios e intentos de cerrar este sistema, es el financiamiento, las pensiones proceden fundamentalmente de los recursos ordinarios; es decir de impuestos generales, porque el porcentaje de los aportes al fondo como contribuciones no cubre totalmente el gasto de las prestaciones; es decir, las prestaciones sociales al beneficiario no dependen de sus aportes proporcionalmente como un impuesto sobre la planilla. Aunque la cifra de inscritos en el SNP del DL 19990 es algo más de cuatro millones de trabajadores que supera en 40 % al 2011, registrando con ello un crecimiento promedio anual de 11% (ONP, 2014, p. 12)⁸. Pero lo realmente relevante es el número de aportantes y pensionistas (gráfico 8).

⁸ También según el portal institucional de la ONP, Estadísticas de la ONP, para ver la serie se puede revisar www.onp.gob.pe

Otro tema, el cuestionamiento al sistema público⁹: los problemas derivados de haber relajado criterios razonables de incorporación con normas especiales que alteran las proporciones de suma de aportes y planilla de pensiones, y por tanto la creciente importancia de los impuestos generales para financiar las planillas.



Finalmente, el 3 de diciembre de 2020 se aprobó la Ley 31083 que facultaba la devolución de los aportes realizados a la ONP de la siguiente forma: de manera excepcional y por única vez, la devolución de hasta 1 Unidad Impositiva Tributaria (UIT) a los aportantes activos e inactivos; por otro lado, establecía el derecho a la devolución de la totalidad de los aportes efectuados a la ONP por personas que a los 65 años o más no han logrado cumplir los requisitos para obtener una pensión. El Ejecutivo planteó una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 31083 que dio origen al Expediente 00016-2020-PI/TC.

El 4 de febrero de 2021, el Tribunal declaró inconstitucional la Ley 31083, entre otras razones porque violenta el artículo 79 de la Constitución en tanto que los congresistas no tienen iniciativa de gasto público, también la primera disposición final y transitoria de la Constitución porque atenta al criterio de sostenibilidad financiera del régimen de pensiones, finalmente porque en un sistema de aporte a un fondo común técnicamente es imposible determinar con exactitud el aporte de cada afiliado

⁹ Ver: “Regímenes de Pensiones a cargo del Estado”, www.bcrp.gob.pe; e “Informe sobre los Regímenes Previsionales de los DL 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado”. Comisión Especial encargada del Estudio de los Regímenes Pensionarios (D.S. 003-2001-TR); 15 de Julio de 2001

3. El Sistema Privado de Pensiones: Decreto Ley 25897

El Sistema Privado de Pensiones (SPP) surge como una alternativa al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), de tal forma que el trabajador pueda supuestamente decidir si desea permanecer en el SNP o afiliarse al SPP; aunque también existen planes privados ocupacionales con determinada legislación específica sin mayor importancia como señalamos, aunque debemos reconocer que existe una experiencia interesante en el caso de la Derrama Magisterial.¹⁰

3.1. Origen del Sistema Privado de Pensiones

El 11 de noviembre de 1991, con el Decreto Legislativo 724 se creó el Sistema Privado de Pensiones, pero dicha norma no tuvo vigencia por la presión política en plena democracia; y al año siguiente, fue derogada por el Decreto Ley 25897, con un gobierno de facto y cierre del Congreso. Cabe señalar, en el Perú, los Decretos Leyes son aprobados por el Ejecutivo al cierre del Poder Legislativo. Así, el SPP fue creado el 6 de diciembre de 1992, mediante el Decreto Ley 25897, con la finalidad de contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema previsional en el país¹¹

El SPP surge como una alternativa al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), de tal forma que el trabajador pueda supuestamente decidir si desea permanecer en el SNP o afiliarse al SPP. Aun cuando el SPP se diseñó originalmente con la intención de ser un régimen único, su configuración debía ser gradual; sin embargo, distintos factores de índole político y económico condujeron a que se mantuviera como un régimen paralelo al SNP. La imposibilidad legal de acceder o mantenerse en el sistema público hubiera generado un rechazo de los trabajadores hacia el SPP, por ello se optó por una reforma regresiva del SNP (mayores aportes y menores beneficios) que promoviera la afiliación al nuevo sistema. El SPP fue establecido sin el debate parlamentario y público necesario, recordemos que la norma de creación del SPP se dictó durante el período en que el Congreso fue disuelto y fue objeto de un cuestionamiento constitucional debido a que no se enmarcaba en lo dispuesto por la Constitución de 1979¹²

10 La Derrama Magisterial que fue creada el 10 de diciembre de 1965, a solicitud de los gremios de maestros para contar con un Fondo de Retiro que incremente los beneficios previsionales que otorgaba el sistema estatal. Actualmente se encuentra con problemas legales por la intervención del Poder Ejecutivo de manera inconstitucional que trata de administrar vía un Decreto Supremo claramente ilegal puesto dicha institución es privada por tanto no es posible una intervención. Problema que se encuentra en el Poder Judicial para su solución legal. Por otro lado, tenemos la Caja de Pensiones Militar - Policial creada mediante Decreto Ley 19846 del 26 de diciembre de 1972, se unifica el régimen de pensiones del personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, normándose sus derechos a pensión. El esquema de financiamiento de la Caja es vía capitalización colectiva con prima escalonada.

11 Un documento muy importante es el especial, sobre el Sistema Privado de Pensiones, dirigido por Luis Aparicio Valdez, en la Revista Análisis Laboral, Vol. XXV, N.º 283, enero 2001.

12 La Constitución de 1979 vigente entonces establecía que "Una institución autónoma y descentralizada,

3.2. Características fundamentales

En cuatro proposiciones puede resumirse el cuerpo teórico del SPP como las características fundamentales: i) las pensiones son mercancías reguladas por la oferta y la demanda del mercado, ii) responsabilidad individual y libertad personal en el ahorro para obtener pensiones, iii) la empresa privada es garantía de eficiencia y modernidad en la gestión jubilatoria, iv) el sistema es seguro y rentable y posibilitará la reactivación económica del país. El SPP se financia principalmente con aportes de los trabajadores. Adicionalmente con recursos del Estado que fueron destinados a reconocer los aportes al SNP a través de los “bonos de reconocimiento”. Los aportes de los trabajadores están conformados por tres conceptos:

- El aporte a la cuenta individual de capitalización¹³: Ascende al 12.50 % aproximadamente de la remuneración. 10 % intangible, este aporte más la rentabilidad generada financian las futuras pensiones de los afiliados. En las actividades de riesgo se realizan aportes complementarios financiados en partes iguales por empleadores y trabajadores.
- La comisión por administración cobrada por las AFP: Es la retribución cobrada por cada AFP como un porcentaje de la remuneración del trabajador afiliado. Actualmente las comisiones oscilan entre 1,75% y 2,30% según cada AFP, en caso se acuerden planes de permanencia se pueden reducir.
- La prima para seguro de invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio: La cobertura es contratada por cada AFP con una compañía de seguros a la cual se traslada el monto de la prima. A diferencia de los otros conceptos está sujeta a topes que se actualizan trimestralmente.

La incorporación se realiza a través de un contrato de adhesión entre el afiliado y una AFP. La afiliación es voluntaria. Pueden afiliarse al SPP todos los trabajadores, cualquiera sea la modalidad de trabajo que realicen, es decir, sean trabajadores dependientes o independientes. Y cuando una

con personería de derecho público y con fondos y reservas propias aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, tiene a su cargo la seguridad social de los trabajadores ...”.

¹³ Este sistema se sustenta en cuentas individuales de capitalización (CIC), lo cual se tomó como modelo el sistema chileno de capitalización individual. Es una cuenta personal que cada afiliado recibe al momento de ingresar el SPP y en la cual aporta determinada cantidad (similar a una cuenta bancaria de ahorros). Está conformada por la “Libreta de Capitalización AFP”, donde se registran los movimientos y saldos de los aportes obligatorios y, de ser el caso, de los aportes con fin previsional, y por la “Libreta Complementaria de Capitalización AFP” en la cual se anotan los movimientos y saldos de los aportes sin fin previsional.

persona ingresa a trabajar por primera vez, debe indicar a su empleador si desea inscribirse en el SNP o en el SPP. El plazo para elegir ingresar al SNP es de diez (10) días, contados a partir de su ingreso al nuevo centro de trabajo, pasado dicho plazo, el trabajador automáticamente ingresará al SPP.

Aquel trabajador que decide incorporarse al SPP tiene derecho a las prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio. Para ello, el trabajador debe realizar los aportes señalados en la ley. La pensión de jubilación del trabajador se encuentra determinada por el valor de la cuenta individual en el momento de jubilación y está directamente relacionada con el monto de sus aportaciones y la rentabilidad de las inversiones del fondo (uno se jubila sobre la base que ha aportado, más los intereses derivados del rendimiento de las inversiones de su AFP), los afiliados alcanzan la jubilación a los 65 años o anticipadamente.

3.3. Debilidades del sistema y cuestionamientos específicos

El papel que ha cumplido el SPP en el Perú como dinamizador de la actividad económica y mecanismo de ahorro interno ha sido fundamental, las AFP constituyen los principales inversionistas institucionales en la Bolsa de Valores de Lima. El SPP ha cumplido un importante rol a nivel macroeconómico, como señalan Casalí y Pena¹⁴; sin embargo, no viene cumpliendo con igual eficacia los objetivos esperados de un sistema previsional, específicamente la ampliación de la cobertura y la generación de pensiones adecuadas.

Existen determinados cuestionamientos¹⁵; así tenemos sobre las tendencias que operan en la economía corren en círculo perverso, pues si bien tenemos un relativo “envejecimiento en la población”, al mismo tiempo tenemos una reducción en el empleo formal que aporta a los esquemas previsionales¹⁶. Por tanto, se mezclan y combinan, diversos factores: menores

14 CASALI Pablo y PENA Hernán, El futuro de las pensiones en el Perú. Un análisis a partir de la situación actual y las Normas Internacionales del Trabajo, OIT, 2020. También puede verse de los mismos autores: Los trabajadores independientes y la seguridad social en el Perú, OIT, Lima, 2012.

15 En general sobre este tema las fuentes importantes son la diversa documentación publicada en su página web por el BCR; el estudio de Eduardo Morón y Eliana Carranza “Diez años del Sistema Privado de Pensiones, avances, retos y reformas 1993-2003” CIUP 2003. También Jorge Rojas “El Sistema Privado de Pensiones y su Rol en la Economía Peruana” www.consortio.org; y Jorge Paz y Rafael Ugaz “Análisis del Sistema Privado de Pensiones desde un enfoque de Costos Hundidos” CIES, www.consortio.org.

16 Sobre el tema demográfico se debe ver Aramburu y Mendoza “La Población Peruana Perspectivas y Retos” en *Economía y Sociedad* 50, noviembre 2003, CIES; y sobre las tendencias de informalización y avance de la temporalidad en el mercado laboral ver la sistematización de diversas fuentes para Lima, citadas en la exposición “Barreras Microeconómicas al crecimiento”, de Luke Haggarty, Banco Mun-

contribuciones previsionales (por la vía de aporte directo o por impuestos recaudados), porciones del ingreso (ahorro previsional) que en sistemas de capitalización individual no lograron el monto necesario para pensión mínima; mayores presiones a la caja fiscal para cumplir obligaciones previsionales de planilla, redención de bonos de reconocimiento y prácticamente inexistentes programas de atención para la tercera edad, bajo la línea de pobreza.

Bajo estas circunstancias, el SPP creó duda y escepticismo en la población sobre la participación de la empresa privada, y en muchos beneficiarios la convicción de que los problemas sociales como la seguridad social deben ser asumidos con responsabilidad tripartita del Estado, empleador y trabajador¹⁷. *“Se esperaba que la capitalización proporcionara un nivel aceptable de pensión a los trabajadores cuyo nivel salarial y regularidad en el empleo se adapta a la exigencia del funcionamiento de régimen, pues solo ellos pueden beneficiarse de la rentabilidad al largo plazo de la inversión de su ahorro...”*¹⁸.

3.4. Principales reformas del 2000 al 2021

Con el objeto de hacer más eficiente el desempeño del SPP fue fundamental realizar cambios en su implementación para el beneficio de los afiliados. De este modo se aprobaron distintas medidas como la jubilación anticipada para que un afiliado pueda jubilarse antes de los 65 años siempre y cuando haya acumulado en su Cuenta Individual de Capitalización la cantidad suficiente para obtener una pensión, bajo la modalidad de Retiro Programado, igual o superior al 50% del promedio de los ingresos percibidos y rentas declaradas en los últimos diez años.

En efecto, la Ley 27617 del 01/01/2002 creó temporalmente el Régimen Especial de Jubilación Anticipada para desempleados en el Sistema Privado de Pensiones¹⁹, que se prorrogaba cada año hasta que el 2018 se hizo permanente como un nuevo régimen del SPP. También durante el último quinquenio se han introducido dos reformas en el SPP con la Ley 30425

dial, abril 2004 en el BCRP (www.bcrp.gob.pe).

17 Sobre la responsabilidad tripartita en seguridad social, ver el trabajo de Alfonso Barrada Rodríguez y Bernardo Gonzalo González, La financiación de la protección social en España a propósito del Pacto de Toledo, CES, Madrid, junio 1997.

18 CIFUENTES LILLO Hugo, “Los sistemas de seguridad social en Iberoamérica y sus principales retos”, en Revista Laborem de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Lima, N.º 20/2017, p. 49.

19 Es un esquema temporal que proporciona condiciones de jubilación más flexibles para los trabajadores afiliados al SPP que se encuentren en situación de desempleo por un periodo igual o mayor a 12 meses consecutivos e ininterrumpidos. Deben tener por lo menos 55 años cumplidos y estar desempleado por lo menos 12 meses antes de solicitar la pensión. Su pensión debe ser mayor o igual al 30% del promedio de las últimas 60 remuneraciones (5 años), debidamente actualizadas por el Índice de Precios al Consumidor, o una pensión no menor a un monto equivalente a dos Remuneraciones Mínimas Vitales

del 21 de abril de 2016. La primera, tuvo como objetivo principal reducir el costo de las comisiones por administración, y se centró en facilitar el ingreso de nuevas AFP mediante mecanismos de licitación de nuevos afiliados, así como el cobro de una comisión sobre el fondo. La segunda, permite el retiro hasta el 95.5% del fondo acumulado en la cuenta individual al momento de la jubilación (65 años) que puede ser parcial o total hasta completar el máximo correspondiente.

El error técnico fue haber aprobado inicialmente el retiro del 95.5 % (Ley 30425) sin considerar que el beneficiario quedaría sin seguro de salud; por ello, se precisó con la Ley 30478: *“El monto equivalente al 4.5% restante de la CIC de aportes obligatorios, deberá ser retenido y transferido por la AFP directamente a Essalud en un período máximo de 30 días a la entrega señalada en el párrafo anterior, para garantizar el acceso a las mismas prestaciones y beneficios del asegurado regular del régimen contributivo del seguro social en salud...”*.

La primera reforma no alcanzó las finalidades buscadas (reducir costos administrativos) y los Decretos de Urgencia 026-2020 del 15 de marzo, 029-2020 del 20 de marzo, 034-2020 del 1 de abril y el 038-2020 del 14 de abril 2020, establecen el retiro del fondo de pensiones del SPP para mitigar los efectos del Covid-19; también se promulgó por insistencia del Congreso la Ley 31017 del 31 de abril 2020 que aprobó el retiro de 25 % de sus fondos; incluso quienes tienen menos de 4,300 soles pueden retirar la totalidad. Medidas que podrían considerarse como un paso hacia la desaparición total del sistema privado de pensiones, según el Banco Central de Reserva²⁰.

A este proceso o comportamiento del Estado de favorecer al sistema privado en su momento²¹ y luego, en la práctica cerrarla, como se hizo con el sistema público, le he denominado el péndulo de la seguridad social que expresa la oscilación de los sistemas por distintas razones políticas o fuerzas coyunturales. *“Como lecciones tenemos a la existencia del conflicto entre el funcionamiento del sistema de capitalización individual y el mercado de trabajo; la equidad y la solidaridad, así como la evolución de las necesidades de los individuos y la sociedad. Por otra parte, como soluciones encontramos al reconocimiento de la importancia de los mecanismos para reducir la pobreza durante la vejez,*

20 Exposición del Banco Central de Reserva del Perú ante la Comisión especial multipartidaria del Congreso de la República del Perú encargada de evaluar, diseñar y proponer el proyecto de ley para la reforma integral del sistema previsional peruano, del 3 de julio de 2020

21 Como fue con la privatización del seguro social en pensiones y su implementación promovida por el Estado a través del ministro de Economía, quien era Carlos Boloña Behr en ese entonces y a la vez copropietario de una de las primeras AFP. Se aprobaron diversos beneficios a los trabajadores que se pasaron al SPP como el aumento en sus remuneraciones en un 10.23%, en sustitución de la obligación del empleador de aportar al Sistema Nacional de Pensiones; también se rebajó la tasa de aportación al SPP respecto al sistema público (SNP). También puede verse su posición política y económica respecto de la privatización en Carlos Boloña Behr, ¿Dueño de tu jubilación?, Instituto de Economía de Libre Mercado, Lima, 1995.

así como la igualdad y la protección a los participantes respecto de los riesgos del mercado"²² (Morales R. María, 2015, p. 175).

4. Los retos a manera de propuesta

Consideramos como propuesta un sistema multipilar de pensiones y el seguro de desempleo, según el estándar internacional expresados en el Convenio 102 y la Recomendación 202 de la OIT, y tomando en cuenta las principales experiencias de algunos países latinoamericanos y de España, se refiere a prestaciones imprescindibles para la existencia de la seguridad social mínima. En efecto, debemos considerar que el Convenio 102, suscrito en 1952 y ratificado por el Perú en 1961, de las nueve prestaciones de la Seguridad Social contempla como muy importante la de pensiones y de desempleo.

Sin embargo, esa propuesta requiere de cambios imprescindibles e importantes porque sin una efectiva reforma constitucional, ¿cómo puede superarse el modelo dual de seguro social? ¿Cómo puede lograrse el nuevo rol del Estado en la economía? Sin una reforma tributaria ¿cómo puede financiarse la seguridad social mínima? Sin una reforma laboral ¿cómo puede superarse los problemas de la informalidad en el trabajo? Y, finalmente, cómo implementar la reforma sin los cambios necesarios de las normas del seguro social y de otras previsionales que serían parte de la seguridad social mínima en el Perú. Por ello, la consideración de reformas necesarias con nuevos enfoques en materia social puede ser altamente significativo e importante en los cambios.

Por ello, la reforma más importante y determinante para lograr un verdadero sistema de pensiones es la reforma tributaria porque se trata del condicionamiento económico; el mantenimiento de un sistema público de seguridad social se traduce necesariamente en una actividad económica que consiste en la gestión de los ingresos suficientes para hacer frente a los gastos generados por las prestaciones y servicios que debe otorgar. Consideramos necesario y fundamental un enfoque que se utiliza los impuestos como instrumentos para hacer frente a ese desafío, propuesta que tiene sustento en la relación entre impuestos y desarrollo social como crucial para el desempeño económico de cualquier país, y en particular para los países en desarrollo porque una correcta relación entre ambos no solo aumenta la recaudación sino también puede tener externalidades positivas y superar la informalidad.

²² MORALES RAMÍREZ María A., "Nuevos modelos de Seguridad Social ante las nuevas formas de empleo y cambio tecnológico", Revista Latinoamericana de Derecho Social del IIJ de las UNAM, N° 29, julio-diciembre, 2019, p. 175. También ver de la misma autora: "Los procesos de reformas y modificaciones a los sistemas de capitalización individual en América Latina", Revista Latinoamericana de Derecho Social del IIJ de la UNAM, N° 21, julio-diciembre, 2015.

III. DERECHO LABORAL COMPARADO

Mecanismos efectivos para controlar, seguir y vigilar el riesgo de fatiga informática en el trabajo*

Francisco Trujillo Pons**

Universidad Jaume I

SUMARIO: 1. Introducción a un riesgo de nuevo cuño y emergente en el ámbito laboral / 2. La salud física y mental de los trabajadores en perjuicio por la introducción masiva de las herramientas digitales con fines laborales / 3. Herramientas para vigilar y controlar la patología laboral / 4. Reflexiones finales / 5. Bibliografía

1. Introducción a un riesgo de nuevo cuño y emergente en el ámbito laboral.

El legislador español, al abordar el derecho a la desconexión digital en el trabajo¹, impone a las empresas llevar a cabo acciones de formación y sensibilización de los trabajadores sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas, para evitar el riesgo de fatiga informática en el trabajo.²

Enuncia de este modo, de forma pionera a nivel mundial, un riesgo laboral nuevo y emergente, por medio primero, por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDPGDD) y, después por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD).

La indeterminación normativa del riesgo laboral, ciertamente, no genera una seguridad jurídica a la integridad física y mental de los trabajadores. Esta carencia de regulación se muestra, por ejemplo, en que no existe una definición jurídica propia del término “fatiga informática”. No obstante,

* Escrito académico para el I Congreso Internacional de Derecho Laboral, Fiscalización Laboral, Seguridad y Salud en el Trabajo & I Congreso Nacional de Derecho Laboral, Porcesal del Trabajo y Promoción del Empleo, organizado por Amachaq Escuela Jurídica desde el 27 al 29 de octubre del 2022.

**Profesor Ayudante Doctor de la Universidad Jaume I. Unidad Predepartamental de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Eclesiástico del Estado (Castellón, España).

1 Vid. Trujillo Pons, F. (2021)

2 Vid. Trujillo Pons, F. (2022).

según se desprende del marco normativo anterior, se trata de un factor de riesgo que se relaciona con la conectividad digital permanente del trabajador a las herramientas tecnológicas con fines laborales. Este tipo de fatiga (también conocida como digital o tecnológica), está considerada como un fenómeno que está en auge en el actual marco de las relaciones laborales y que, con motivo de la preponderancia del trabajo a distancia y, sobre todo del teletrabajo, puede desplegar sus efectos perniciosos en la salud mental y física de los trabajadores.

2. La salud física y mental de los trabajadores en perjuicio por la introducción masiva de las herramientas digitales con fines laborales.

La pertinencia del artículo se justifica en las graves consecuencias que puede tener la fatiga tecnológica en la salud de los trabajadores. Debido a que la fatiga se trata de un factor de riesgo multidimensional, abstracto y que alberga a otros riesgos en el trabajo, las consecuencias negativas para la población trabajadora pueden adoptar diversas formas, entre otras: ansiedad, ciberacoso, depresión, síndrome del trabajador desgastado emocionalmente (burnout), tecnoestrés, trastornos musculoesqueléticos, insomnio, fatiga visual, aislamiento social o irritabilidad. Los factores de riesgo aparejados al riesgo laboral son de tipo psicosocial y físico.

Por lo general, este riesgo laboral, nuevo y emergente aparece tras una excesiva carga de trabajo unida al exceso de las jornadas de trabajo que impide diferenciar los tiempos de trabajo y de descanso de los trabajadores. Para evitar que el riesgo se materialice en forma de accidentes o enfermedades profesionales (imprudencia, descuidos o trastornos, respectivamente) se tornan imprescindibles las acciones de formación y sensibilización sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas con fines laborales.

Como aspecto nuclear del trabajo aquí presentado, en líneas posteriores, se aportan herramientas necesarias para que el empresario adopte su rol como garante de la seguridad de sus trabajadores en conjunción con los técnicos de prevención de riesgos laborales, delegados de prevención y trabajadores en aras de erradicar un riesgo laboral que, por sus connotaciones, genera unos efectos muy negativos para la salud mental y física de los trabajadores. En consecuencia, la fatiga informática ha de ser evaluada siguiendo las normas básicas de prevención de riesgos laborales, con especial atención en la figura de los teletrabajadores.

Como se ha afirmado, la sobrecarga digital y la salud laboral son dos cuestiones parejas. Para evitar la materialización de estos estresores tecnológicos, las empresas han de adoptar medidas preventivas, por ejemplo, por

medio de distintas técnicas de investigación que le ayuden a identificar, diagnosticar e intervenir para evitar la sobrecarga de los trabajadores.

3. Herramientas para vigilar y controlar la patología laboral

Como ha quedado patente, por fortuna para la población trabajadora y la salvaguarda de su salud física y mental, el riesgo de fatiga electrónica o digital en el trabajo se puede identificar, evaluar y minimizar su impacto. Para esta gestión del riesgo laboral, existen herramientas específicas de evaluación que han de ayudar a que este tipo de fatiga no sea una realidad en los centros de trabajo (presenciales o a distancia).

Aquello que no se diagnostica o no se mide no se puede gestionar y, por ello, no se puede mejorar. Esto es por lo que los indicadores son una herramienta de vital importancia en materia de seguridad y salud laboral. Como tipos de indicadores existen los cuantitativos o los cualitativos. Los primeros, representan numéricamente una realidad: número de denuncias internas o quejas sobre transgresión de los tiempos de trabajo, *e-mails* a deshoras, llamadas telefónicas en tiempos de descanso, signos de agotamiento o cansancio de las TIC, etc. Son unos indicadores que favorecen la ordenación de forma ascendente o descendente. A mayor número de casos de trabajadores fatigados, mayor urgencia de intervenir y de adoptar medidas garantistas para proteger a los trabajadores de la sobreconectividad digital. Los segundos, es decir, los indicadores cualitativos son aquellos que se relacionan con las escalas de cualidades. Así, en caso de que se realice una sesión formativa o se lleve a cabo una píldora de sensibilización acerca de la fatiga informática, ésta se puede medir en excelente, buena, neutra, mala o muy mala. A este nivel, también existe un indicador muy potente, las encuestas de satisfacción o el diagnóstico del clima preventivo a través de cuestionarios.

A estos efectos de indicadores o de herramientas para medir la presencia de riesgos psicosociales, las empresas se pueden servir de cuestionarios³ (*“check-lists”*), entrevistas o bien, dando participación a los trabajadores

3 Puede servir el introducido por el Gobierno a fecha de 17 de marzo de 2020 dirigido a controlar a aquellos trabajadores que, con motivo de la COVID-19 se vieron obligados a teletrabajar. El mismo, recaba información de las características específicas del lugar del domicilio en el que la persona desempeña su labor con la ayuda del ordenador y elementos auxiliares (teléfono, documentos, etc.). A todas luces resulta insuficiente por no incorporar medidas relativas a la fatiga informática. Ahora bien, ha de verse como un listado no exhaustivo y, por tanto, como una identificación de las condiciones que, como mínimo, debería tener el puesto de teletrabajo.

4 El “Check-list – Teleworking” realizado a fecha de 2010 por la Agencia Europea de Seguridad y Salud es un claro ejemplo para realizar un diagnóstico de la situación del teletrabajador y de sus condiciones laborales adecuadas para su bienestar. Por un lado, unos puntos para contestar por parte del teletrabajador relativos al ambiente general de su trabajo y, por otro lado, con ejemplos de medidas

para que sean ellos los que participen en la introducción de las nuevas tecnologías para que la adaptación sea así y no al revés (que los trabajadores se amolden a las TIC). Las encuestas de valoración son fundamentales en este terreno para comprobar el nivel de fatiga del personal.

A propósito de los cuestionarios, en España, más particularmente desde la Comunidad Valenciana para sus trabajadores funcionarios, se puede acoger como ejemplo, el recogido en el Decreto 82/2016, de 8 de julio, por el que se regula la prestación de servicios en régimen de teletrabajo del personal empleado público de la Administración de la Generalitat. De este modo, en materia de prevención de riesgos laborales el órgano competente ha de verificar, con carácter previo al inicio del programa y mediante la comprobación del cuestionario que se recoge seguidamente, cumplimentado por las personas participantes, que las condiciones en que se desempeñan las funciones del puesto de trabajo en el domicilio no suponen riesgo para la salud del teletrabajador:

Cuestionario de autoevaluación. Prevención de riesgos laborales y seguridad en el puesto de trabajo.

Marque con una cruz la casilla correspondiente: SÍ / NO.

¿Su sitio de trabajo permite la ubicación adecuada del equipo informático junto con documentos y otros accesorios? SÍ / NO;

¿La distancia entre su visión y la pantalla es superior a 40 centímetros? SÍ / NO;

¿El ángulo de visión coincide con la parte superior de la pantalla de su ordenador? SÍ / NO;

¿Tiene espacio suficiente para colocar los antebrazos delante del teclado? SÍ / NO;

¿La silla que utiliza para trabajar tiene cinco ruedas? SÍ / NO;

La silla, ¿Se puede regular en altura? SÍ / NO;

El respaldo de la silla ¿Es regulable en inclinación? SÍ / NO;

Alguna luz o ventana, ¿Puede provocar reflejos indirectos en la pantalla? SÍ / NO;

El cableado eléctrico o la instalación telefónica, ¿Queda en medio de las zonas de paso? SÍ / NO;

preventivas para los teletrabajadores a adoptar por las empresas en función de las respuestas dadas (yes / no) por el teletrabajador con anterioridad.

¿Utiliza «ladrones» para conectar los aparatos eléctricos? SÍ / NO;

¿Desconecta los aparatos eléctricos cuando no los está utilizando? SÍ / NO;

Cuando trabaja delante de la pantalla del ordenador, ¿Hace pausas periódicamente? (10 minutos cada hora) SÍ / NO.

Después, sobre las señaladas encuestas, lo cierto es que cada vez son más las empresas que llevan a cabo a sus trabajadores encuestas de clima laboral. En el ámbito de la desconexión digital y de la sobrecarga digital, se puede elaborar una encuesta para que los trabajadores como máximos interesados en cuidar su estado de bienestar den su opinión sobre hasta qué punto consideran que su empresa está o no respetando su salud derivada de su actividad en el uso de las TIC en tiempo de trabajo y en tiempo de descanso. Así, esta encuesta dirigida a los trabajadores, puede contar, entre otros, en los siguientes puntos directos: si sus superiores jerárquicos respetan lo dispuesto en la política interna o en el Convenio Colectivo; si han sentido que sufren algún tipo de represalia por negarse a contestar e-mails o llamadas fuera del horario; si sus jefes les envían e-mails fuera del horario de manera habitual o sólo de forma excepcional, si han tenido algún tipo de problema por dejar apagado su móvil corporativo fuera del horario laboral; si han recibido acciones de formación y sensibilización y si conocen el riesgo laboral denominado como “fatiga informática”. La misma encuesta debería ser adaptada para trabajadores con cargo de mano o directivos ya que, ellos, como responsables han de ser los primeros en conocer los factores psicosociales y físicos aparejados con el riesgo laboral de fatiga digital.

Como ejemplos de preguntas que podrían incorporarse en la encuesta (puede realizarse o bien como punto de partida previo antes de elaborar el protocolo de desconexión tecnológica o las acciones de formación y sensibilización o bien, una vez elaborado el protocolo, adaptar las preguntas a si realmente dicho protocolo se está o no cumpliendo y en qué grado), pueden considerarse las siguientes:

¿Consideras adecuada la política de desconexión digital de nuestra organización?

¿Consideras que, a nivel global, se respeta en la compañía la política de desconexión digital?

¿Consideras que tu jefe directo respeta lo dispuesto en la política corporativa de desconexión digital?

Esta pregunta, al igual que sucede con las medidas de teletrabajo y/o de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, es crítica ya que, en muchos casos, a pesar de existir una política global corporativa en estas materias, los trabajadores no acaban disfrutando las medidas debido a que están bajo el mando de un líder que no las comparte y/o las “boicotea”. Por tanto, es una pregunta crucial para tratar de averiguar no solamente si existen grados de sobrecarga digital en la plantilla, sino también si puede existir algún problema en cuanto al estilo de liderazgo de determinados mandos intermedios y/o superiores.

- *¿Te sientes totalmente libre a la hora de no contestar correos ni e-mails fuera de tu horario laboral?*
- *Tu jefe directo te envía e-mails fuera del horario laboral (marcar lo que proceda):*
 - a) *Habitualmente*
 - b) *Esporádicamente*
 - c) *Sólo en caso de fuerza mayor*
 - d) *Nunca*
- *¿Te has sentido presionado en algún momento por tu jefe y/o por tus compañeros de equipo a la hora de ejercer tu derecho a la desconexión digital?*
- *¿Sientes que tu empresa tiene en cuenta la sobrecarga digital de sus empleados? ¿qué medidas adoptarías como trabajador?*
- *En caso de teletrabajo (ya sea puntual o como forma habitual de trabajo): ¿Sientes que tu derecho a la desconexión digital (elegir lo que proceda):*
 - a) *Se respeta de la misma manera que cuando trabajas presencialmente*
 - b) *Se respeta menos que en caso de trabajo presencial*
 - c) *Se respeta más que en caso de trabajo presencial*

En este panorama, alternativamente, la empresa puede presentar a todos sus trabajadores la siguiente encuesta que autoevalúa sus niveles de sobrecarga digital. Con los resultados obtenidos, los responsables de prevención de las empresas tendrán información acerca de cómo afecta la hiperconexión a todo el personal (con especial atención a los teletrabajadores, a

los responsables de equipos de trabajo y a los altos cargos de las empresas). Así, como test⁵ completo y que abarca desde el ámbito personal, familiar, como la participación en redes sociales, etc., a fin de comprobar la adicción digital de los trabajadores, las empresas pueden presentar la siguientes preguntas a las que su personal, debe responder con total sinceridad de una forma básica y sencilla: sí o no.

- *Estás dado de alta en más de 3 redes sociales.*
- *Tienes activadas las notificaciones de, al menos, 2 de ellas.*
- *Tienes habitualmente 5 grupos (o más) de WhatsApp abiertos.*
- *Interrumpes a menudo alguna tarea para contestar a un mensaje.*
- *Entras a las redes sociales personales desde el trabajo y ves cómo pasa una hora sin darte cuenta.*
- *Lo primero que haces cuando entras en un transporte público o esperas tu turno en una tienda es mirar el móvil.*
- *No quieres que se ponga el semáforo en verde para darte tiempo de acabar un mensaje de WhatsApp.*
- *Has caído alguna vez en la trampa de un bulo en redes sociales.*
- *Formas parte de los que no podrían pasar un día en familia sin el móvil.*
- *Sabes más de la familia por WhatsApp que a través de llamadas.*
- *Sigues conectado a mails de trabajo fuera de horarios y en fines de semana.*
- *Usas el móvil en momentos en los cuales deberías dedicar toda tu atención a otra cosa cómo puede ser resolver un conflicto familiar.*
- *Tu pareja, padres o amigos te dicen “estás siempre enganchado al móvil”.*
- *Te ha pasado alguna vez no conocer al amigo del cumple de hoy en Facebook o LinkedIn.*
- *Felicitas al 90% de tus amigos en redes sociales o por WhatsApp y no les llamas.*
- *Pregúntate si has tenido “un momento de calidad” con tus amigos cercanos en el último mes.*
- *Usas el móvil cuando tomas café con tus compañeros.*
- *Sigues mirando la pantalla del ordenador mientras hablas con un compañero de trabajo.*
- *Usas habitualmente el móvil durante las reuniones.*
- *Te das cuenta habitualmente de que te pierdes el hilo o temas importantes en reuniones por estar con el móvil.*
- *Mandas WhatsApp de trabajo a tu jefe o tus subordinados fuera de las horas de trabajo.*
- *Sueles poner en copia “con mala fe” a más personas en los e-mails de trabajo para dejarles en evidencia.*
- *Tienes la sensación de no dedicarle suficiente tiempo a ti mismo.*

5 Vid. Pons, J. y González, P. en Cap. VII, en Trujillo Pons, F. y Toscani Giménez, D., 2020.

- *Hace ya mucho tiempo que no te aburres al menos un rato.*
- *Comes con el teléfono en la mesa o usándolo compulsivamente.*
- *Estás obsesionado con los datos de las apps de salud.*
- *Duermes con el teléfono conectado cerca de ti, sin poner el modo avión.*
- *Lo primero que haces al despertar es mirar el móvil.*
- *Contestas al WhatsApp entre ducha y cepillado de dientes.*
- *Eres de los que no pueden resistirse a contestar a los mensajes que recibes al instante.*
- *Se te cae el móvil al suelo al menos una vez al año.*
- *Te ha pasado no saber dónde dejaste la moto o el coche, la noche anterior.*
- *Estarías dispuesto a volver 25 kilómetros atrás por culpa del móvil olvidado en casa.*

Con esta encuesta de percepción, los trabajadores han de realizar su autoevaluación. Para valorar los resultados han de sumar la cantidad de respuestas afirmativas (sí) que acumulan y multiplicarla por dos. Por ejemplo, si tienen, 23 sí multiplicados por 2 sería un 46%, si han obtenido 12 sí, multiplicando por 2, sería un 24% de coeficiente de dependencia digital. Por lo tanto, si el personal ha respondido sí a la mayoría de las frases, cada trabajador ha de reconocer que existe un problema y que es una persona dependiente de la tecnología, y potencialmente sujeto activo de la fatiga informática en el trabajo. La empresa, con esta medida de percepción de sus trabajadores tendrá buena prueba de cómo los dispositivos digitales afectan o no a la productividad y al rendimiento con el trabajo.

Igualmente, puede servir la realización de un test interactivo ofrecido por la empresa *Cofidis*⁶, a través del cual se identifican hábitos, costumbres e intereses con el teléfono móvil (lo mismo puede suceder para la *tablet*), con el objeto de que los trabajadores puedan descubrir cuanto tiempo estimado pasan conectados al dispositivo digital. Con los resultados de esta prueba tipo test, las acciones formativas y de sensibilización sobre un uso no desmesurado de las TIC pueden ser más adaptadas. El contenido formativo puede ir dirigido a ofrecer consejos a los trabajadores para que puedan invertir su tiempo en actividades extralaborales (ocio, tiempo libre, pasiones, etc.).

Como es sabido, la fatiga informática es un concepto abstracto y que puede albergar o influir a más riesgos laborales; se puede confirmar sin temor a equívoco que se trata de un riesgo que, por sus características es multidimensional y que se relaciona con el nivel del estrés de cada trabajador. No solo ello, también puede potenciar por un lado, conductas de ciberacoso como también, por otro de “*burnout*”.

6 Vid. Cofidis, 2022

Por lo tanto, como complemento a las anteriores técnicas a disposición de empresas y trabajadores para evaluar el grado de fatiga digital, también se puede adoptar como técnica de investigación, la realización de ejercicios de autoevaluación internos para medir el grado de estrés que experimentan los trabajadores tanto en el centro de trabajo como fuera del mismo. Así, a continuación se recoge la “Escala de Estrés Percibido (*Perceived Stress Scale, PSS*⁷)”:

Escala de Estrés Percibido - Perceived Stress Scale (PSS) – versión completa 14 ítems

Las preguntas en esta escala hacen referencia a sus sentimientos y pensamientos durante el **último mes**. En cada caso, por favor indique con una “X” cómo usted se ha sentido o ha pensado en cada situación.

	Nunca	Casi nunca	De vez en cuando	A menudo	Muy a menudo
1. En el último mes, ¿con qué frecuencia ha estado afectado por algo que ha ocurrido inesperadamente?	0	1	2	3	4
2. En el último mes, ¿con qué frecuencia se ha sentido incapaz de controlar las cosas importantes en su vida?	0	1	2	3	4
3. En el último mes, ¿con qué frecuencia se ha sentido nervioso o estresado?	0	1	2	3	4
4. En el último mes, ¿con qué frecuencia ha manejado con éxito los pequeños problemas irritantes de la vida?	0	1	2	3	4
5. En el último mes, ¿con qué frecuencia ha sentido que ha afrontado efectivamente los cambios importantes que han estado ocurriendo en su vida?	0	1	2	3	4

7 Versión española (2.0) de la Perceived Stress Scale (PSS) de Cohen, S., Kamarck, T., & Mermelstein, R. (1983), adaptada por el Dr. Eduardo Remor.

6. En el último mes, ¿con qué frecuencia ha estado seguro sobre su capacidad para manejar sus problemas personales?	0	1	2	3	4
7. En el último mes, ¿con qué frecuencia ha sentido que las cosas le van bien?	0	1	2	3	4
8. En el último mes, ¿con qué frecuencia ha sentido que no podía afrontar todas las cosas que tenía que hacer?	0	1	2	3	4
9. En el último mes, ¿con qué frecuencia ha podido controlar las dificultades de su vida?	0	1	2	3	4
10. En el último mes, ¿con qué frecuencia se ha sentido que tenía todo bajo control?	0	1	2	3	4
11. En el último mes, ¿con qué frecuencia ha estado enfadado porque las cosas que le han ocurrido estaban fuera de su control?	0	1	2	3	4
13. En el último mes, ¿con qué frecuencia ha podido controlar la forma de pasar el tiempo?	0	1	2	3	4
14. En el último mes, ¿con qué frecuencia ha sentido que las dificultades se acumulan tanto que no puede superarlas?	0	1	2	3	4

Esta escala es un instrumento de autoinforme que evalúa el nivel de estrés percibido durante el último mes, consta de 14 ítems con un formato de respuesta de una escala de cinco puntos (0 = nunca, 1 = casi nunca, 2 = de vez en cuando, 3 = a menudo, 4 = muy a menudo). La puntuación total de la PSS se obtiene invirtiendo las puntuaciones de los ítems 4, 5, 6, 7, 9, 10 y 13 (en el sentido siguiente: 0=4, 1=3, 2=2, 3=1 y 4=0) y sumando entonces los 14 ítems. La puntuación directa obtenida indica que a una mayor puntuación corresponde un mayor nivel de estrés percibido. Verdaderamente, con la suma de la puntuación de cada ítem se obtendrá un número. A mayor puntuación, mayor será el nivel de estrés percibido por los trabajadores.

Otra herramienta fundamental en este sentido es que aparece en la Nota Técnica Preventiva (NTP) 730 del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) relativa al tecnoestrés. Como recoge el contenido de la NTP, el tecnoestrés como daño psicosocial se mide con tres tipos de dimensiones: 1) afectiva (ansiedad vs. fatiga), 2) actitudinal (actitud esceptica hacia la tecnología) y; 3) cognitiva (creencias de ineficacia en el uso de la tecnología).

Los ítems de estas escalas deben responderse por los trabajadores que utilizan Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) en su trabajo utilizando una escala de frecuencia tipo “Likert” que oscila entre “0” (nada/nunca) a “6” (siempre/todos los días). Así, altas puntuaciones en estas dimensiones serán indicadores del señalado tecnoestrés en sus dos manifestaciones: 1) tecnoansiedad (altas puntuaciones en ansiedad, escepticismo e ineficacia) y 2) tecnofatiga (altas puntuaciones en fatiga, escepticismo e ineficacia. A continuación, se recogen los ítems para cada dimensión: escepticismo, fatiga, ansiedad e ineficacia:

Dimensión	Ítems
Escepticismo	Con el paso del tiempo, las tecnologías me interesan cada vez menos
	Cada vez me siento menos implicado en el uso de las TIC
	Soy más cínico respecto de la contribución de las tecnologías en mi trabajo
	Dudo del significado del trabajo con estas tecnologías
Fatiga	Me resulta difícil relajarme después de un día de trabajo utilizándolas
	Cuando termino de trabajar con TIC, me siento agotado/a
	Estoy tan cansado/a cuando acabo trabajar con ellas que no puedo hacer nada más
	Es difícil concentrarme después de trabajar con tecnologías
Ansiedad	Me siento tenso y ansioso al trabajar con tecnologías
	Me asusta pensar que puedo destruir una gran cantidad de información por el uso inadecuado de las mismas
	Dudo a la hora de utilizar tecnologías por miedo a cometer errores
	El trabajar con ellas me hace sentir incómodo, irritable e impaciente

Ineficacia	En mi opinión, soy ineficaz utilizando tecnologías
	Es difícil trabajar con tecnologías de la información y de la comunicación
	La gente dice que soy ineficaz utilizando tecnologías
	Estoy inseguro de acabar bien mis tareas cuando utilizo las TIC

En particular, la estrategia para la obtención de las puntuaciones de cada escala (fatiga, ansiedad, escepticismo e ineficacia) consiste en sumar las puntuaciones obtenidas en cada uno de los ítems que pertenecen a cada escala y dividir el resultado por el número de ítems de la escala (las cuatro escalas están formadas por un total de 4 ítems cada una). Por ejemplo, para obtener la puntuación en la dimensión de “Fatiga” hay que sumar cada una de las puntuaciones directas obtenidas en cada uno de los ítems de Fatiga y después dividir el total por “4”. El mismo procedimiento debe seguirse para conocer la puntuación en cada una de las restantes dimensiones y para cada uno de los trabajadores.

En este mismo terreno, pueden servir otros cuestionarios que inciden en la identificación de los niveles de fatiga digital y sobrecarga:

- Cuestionario overload scale (Bahri, Fauzi y Ahmad, 2020).
- Information and communication technology overload and social networking service fatigue: A stress perspective (Lee, Son y Kim, 2016).
- Exploring the influence of excessive social media use at work: A three-dimension usage perspective (Cao y Yu, 2019).
- The Balancing mechanism of social networking overuse and rational usage (Yao y Cao, 2017).
- Excessive social media use at work (Yu, Cao, Liu y Wang, 2018).

No cabe duda de que el COVID-19 ha arrastrado a que la comunicación digital sea la común y estándar en el trabajo y fuera de él. Una comunicación que, de no respetar la normativa laboral y los posibles pactos colectivos, puede resultar extenuante e inhumana. En pleno Siglo XXI, el aspecto cognitivo y neuronal tiene una presencia muy elevada en el ámbito laboral: el estrés, la ansiedad, la depresión y el síndrome del trabajador quemado o del desgaste profesional, son patologías que han de ocupar una posición nuclear en el actual marco del exceso uso de la digitalización profesional. En este estado de cansancio y de fatiga constante el trabajador siente que

ha fracasado porque no alcanza al rendimiento que se exige así mismo, como también el propio entorno laboral. Las constantes comunicaciones telemáticas que recibe con independencia de la hora y del lugar en que se encuentran llevan al trabajador al agotamiento y al desgaste laboral; una patología que está presente junto con la depresión en plena pandemia mundial.

A nivel empresarial existen multitud de formas para medir este estado de desgaste laboral y emocional de los trabajadores: entrevistas, observación, o cuestionarios que son los más habituales. Los departamentos de Recursos Humanos, así como los servicios de prevención han de ser conocedores del *Maslach Burnout Inventory* (MBI). Un cuestionario internacional que está constituido por 22 ítems en forma de afirmaciones, sobre los sentimientos y actitudes del profesional en su trabajo y hacia los trabajadores y su función es medir el desgaste profesional. Esta prueba pretende medir la frecuencia y la intensidad con la que se sufre el “*burnout*”. Especialmente mide tres aspectos propios del síndrome: 1) subescala de agotamiento o cansancio emocional (valora la vivencia de estar exhausto); 2) subescala de despersonalización y; 3) subescala de realización personal.

Para más información al respecto del tratamiento del “*burnout*”, el INSST cuenta con tres NTP que estudian el MBI: NTP 732: Síndrome de estar quemado por el trabajo “*burnout*” (III): Instrumento de medición; NTP 705: Síndrome de estar quemado por el trabajo o “*burnout*” (II): consecuencias, evaluación y prevención y; NTP 704: Síndrome de estar quemado por el trabajo o “*burnout*” (I): definición y proceso de generación.

A continuación, a nivel de empresas se puede presentar también un cuestionario a todo el personal tanto a trabajadores ordinarios como a trabajadores responsables de equipos de trabajo. Con el claro propósito de identificar si el personal sufre fatiga informática y comprobar el nivel en que puede afectar, es de significar el cuestionario y metodología de la psicóloga Luz María González Salazar. Como resultados del mismo se han de tener en cuenta las siguientes consideraciones para adoptar medidas e informar de los mismos al personal:

- De 17 a 24 puntos: está experimentando el trabajador mucha fatiga informática o tecnoestrés. Este resultado es una señal de alarma, pues indica que depende totalmente de la tecnología para realizar la mayoría de sus actividades. Con estos datos y con la formación y sensibilización, así como las medidas prácticas que impone la empresa en sus políticas internas y/o Convenios Colectivos sobre el derecho a la desconexión digital, el trabajador en

particular podrá comprobar si cumple con los síntomas propios de la fatiga y, en consecuencia, podrá tomar las medidas pertinentes para erradicarlo.

- De 9 a 16 puntos: Estrés digital medio. El trabajador es una persona al pendiente de las redes sociales, llamadas y notificaciones, sin embargo, intenta equilibrar los momentos en que debe conectarse. De cualquier forma, podría intentar alguna actividad distinta cuando experimente ansiedad.
- De 1 a 8 puntos: Poco estrés digital. No hay de qué preocuparse. Su estado de ánimo y sus actividades no dependen de la cantidad de amigos o seguidores que tenga en algún medio social o si lleva su dispositivo móvil siempre encima.

Finalmente, como ha quedado patente, la evaluación de riesgos laborales específica de los psicosociales, suele ser una tarea complicada dado que suelen ser “invisibles”. Por fortuna, existen métodos para evaluar los factores de riesgo psicosocial de forma eficiente. Así, las características de las condiciones de trabajo y, sobre todo, de la organización que afectan a la salud de los trabajadores por medio de mecanismos psicológicos y fisiológicos (estrés) pueden ser evaluados, por medio de las siguientes herramientas de investigación:

- El método internacional COPSOQ (ISTAS21, PSQCAT21¹). Este método se fundamenta en un proceso de intervención psicosocial colaborativo, combinando técnicas cuantitativas y cualitativas en varias fases. Para la evaluación de riesgo utiliza cuestionarios estandarizados y anónimos con preguntas sobre condiciones de empleo y trabajo, la exposición a factores psicosociales y la salud y el bienestar personal, que permiten analizar 20 dimensiones de exposición psicosocial (agrupadas en exigencias psicológicas; conflicto trabajo-familia; control sobre el trabajo; apoyo social y calidad de liderazgo; compensaciones y capital social). Estos valores se comparan con valores de referencia clasificando el riesgo en tres niveles que ayudan a establecer los niveles de acción. Se dispone de varias versiones en función del número de personas trabajadoras en la empresa: una corta (para menos de 25 trabajadores) y otra media (para 25 o más trabajadores). Es aplicable a cualquier sector de actividad.
- F-PSICO 4.0 (INSST) Identificar y evaluar los factores de riesgo psicosocial. F-PSICO es un método de evaluación de factores

1

psicosociales diseñado por el INSST de aplicación en cualquier empresa, con independencia de su tamaño o actividad. Aporta información que permite el diagnóstico psicosocial de una empresa o de áreas parciales de la misma. Permite obtener valoraciones grupales de trabajadores en situaciones relativamente homogéneas. Se basa en la aplicación de un cuestionario individual para obtener información sobre una serie de factores de riesgo psicosocial: tiempo de trabajo (TT), autonomía (AU), carga de trabajo (CT), demandas psicológicas (DP), variedad/ contenido (VC), participación/ supervisión (PS), interés por el trabajador/ compensación (ITC) y desempeño de rol (DR) y relaciones y apoyo social (RAS). Ofrece información descriptiva detallada y varios tipos de representaciones gráficas. F-PSICO 4.0 es la aplicación informática más reciente que desarrolla el método F-PSICO.

4. Reflexiones finales

La tecnología a beneficio de las partes de la relación laboral, ha de ser una aliada de las condiciones de trabajo dignas, entre otros muchos aspectos, ha de facilitar las políticas de bienestar laboral y fomentar la conciliación familiar, la desconexión digital, equilibrar las cargas de trabajo o promover la flexibilidad horaria. Una tecnología alineada con las buenas prácticas para evitar la fatiga informática va a mejorar los resultados del trabajo. Para este fin, la implantación de dispositivos digitales y telemáticos con fines laborales ha de ir acompañada de un plan con medidas para asegurar que los trabajadores (usuarios) aprendan a utilizarlos: no solo ello, que en caso de dificultades o vicisitudes sean escuchados y que, en su conjunto, descubran las ventajas que para ellos y su trabajo diario va a representar esa novedad digital.

Con todo, estos mecanismos pueden ser efectivos para controlar, seguir y vigilar el riesgo laboral y además, de poco coste para la empresa que, indubitadamente, redundan en el bienestar de los trabajadores. Con ellas se ayuda a la identificación, diagnóstico e intervención para erradicar, minimizar o evitar la aparición de unas patologías laborales que, desgraciadamente, son muy comunes en los centros de trabajo

5. Bibliografía

Cofidis (2022): De la Pantalla a la Vida. Recuperado: <https://www.vivemasvidas.com/de-la-pantalla-a-la-vida/> [Consulta a 28 de marzo de 2022].

NTP INSST 703: El método COPSOQ (ISTAS21, PSQCAT21) de evaluación de riesgos psicosociales. <https://copsoq.istas21.net/>

Trujillo Pons, F. (2021): La desconexión digital en el ámbito laboral (2ª edición). Tirant lo Blanch, España.

Trujillo Pons, F. (2022): La fatiga informática en el trabajo. Bomarzo, España.

Trujillo Pons, F. y Toscani Giménez, D. (2020): La desconexión digital en el trabajo. Aranzadi Thomson Reuters y Universidad de Valencia, España.

El mundo del trabajo ante el inmediato futuro y sin olvidar el pasado y presente. Retos jurídicos, económicos y sociales*

Eduardo Rojo Torrecilla**

Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La razón de ser del Derecho del Trabajo / 3. Factores sociales y económicos que impactan en las relaciones de trabajo / 4. El mundo del trabajo en 2022. Un análisis del presente y una obligada proyección hacia el futuro / 5. Y para concluir, un apunte sobre la diversidad del mundo del trabajo.

1. Introducción

Deseo agradecer muy sinceramente a AMACHAQ su invitación a participar en el I Congreso Internacional de Derecho Laboral, fiscalización laboral y seguridad y salud en el trabajo, & I Congreso nacional de Derecho Laboral, Procesal del Trabajo y Promoción del Empleo. Es un honor intervenir como ponente y que me hayan dado la oportunidad de reflexionar sobre cómo está cambiando el mundo del trabajo y cómo se adapta el Derecho del Trabajo, así como el de la Protección Social, a los retos no sólo jurídicos, sino también, y muy relevantes, económicos y sociales que tiene ante sí. Honor, que se incrementa cuando se conoce la acreditada calidad docente e investigadora de la Universidad Nacional de San Marcos, reconocida plenamente a escala internacional.

En este artículo, que desarrolla, en los límites obligados de una publicación en la que participan muchas otras personas de la comunidad jurídica, recojo las ideas básicas que expongo en la ponencia magistral, me propongo acercarme a cuál ha sido el impacto del Derecho del Trabajo en nuestras

*Escrito académico para el I Congreso Internacional de Derecho Laboral, Fiscalización Laboral, Seguridad y Salud en el Trabajo & I Congreso Nacional de Derecho Laboral, Procesal del Trabajo y Promoción del Empleo, organizado por Amachaq Escuela Jurídica desde el 27 al 29 de octubre del 2022.

**Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona (España). eduardo.rojo@uab.cat

sociedades y cuáles son los factores y elementos que debe tener en consideración en el momento presente y en el inmediato futuro. Lo hago, además obviamente de con mis reflexiones propias, con el apoyo insustituible, a la par que necesario, de los documentos emanados del máximo foro mundial sociolaboral, que no es otro que la Organización Internacional del Trabajo.¹

2. La razón de ser del Derecho del Trabajo.

La madurez, de edad, académica e investigadora, de quien redacta este artículo, y que se encuentra en la fase final de su actividad docente, permite una reflexión de pasado que enlace con el presente y se proyecte hacia el futuro.

Me preguntaba hace ya varios años, “¿Para qué ha servido? ¿Para qué sirve el Derecho del Trabajo?”, y respondía en estos términos: “De forma sucinta creo que puede afirmarse que ha contribuido a lo largo de su historia a mantener unas relaciones de trabajo equilibradas, en donde el justo contrapeso entre derechos individuales y colectivos de los trabajadores y el poder de dirección y organización de la empresa ha ido modulándose en el tiempo en atención a diversos factores, como son el poderío del movimiento sindical, la influencia del gobierno de turno o los intentos de desregulación del mercado de trabajo. No ha cuestionado el sistema económico dominante, pero fundamentalmente en los países donde ha prevalecido largos años la influencia socialista o socialdemócrata en la vida política y sindical ha conseguido indudables avances en las condiciones laborales del mundo del trabajo, tanto en su vertiente laboral en sentido estricto (reducción de la jornada laboral, garantías contra las extinciones indiscriminadas de la relación laboral, etc.), como en el ámbito de la protección social, por medio de la consolidación y desarrollo del Estado del Bienestar.

El Derecho del Trabajo ha servido para pacificar en muchas ocasiones nuestras sociedades, y para desactivar o canalizar la conflictividad social existente. Este ambivalente papel, este equilibrio entre lo deseable y lo posible, se ha construido alrededor de varias claves o ideas-eje, fundamentalmente en la segunda mitad del S. XX (intervencionismo estatal proteccio-

1 Quedan fuera de este artículo, por razones obvias de sus límites, el estudio de la jurisprudencia, tanto nacional española como comunitaria e internacional. Sí me permito remitir a las personas interesadas a la lectura de mi artículo “Impacto de la normativa europea y de la jurisprudencia del TJUE en las recientes reformas laborales” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/10/impacto-de-la-normativa-europea-y-de-la.html> (última consulta: 17 de octubre); para el estudio de la jurisprudencia en materia laboral de la Corte interamericana de Derechos Humanos, remito al detallado artículo de Carballo Mena, Cesar Augusto, “Derechos Laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. REJLSS, abril 2021, núm. 2 <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/12447> (última consulta: 20 de octubre)

nista, papel impulsor del movimiento sindical, contratación laboral estable, etc.), que siguen siendo válidas a mi entender en la actualidad pero que deben adecuarse, para seguir siendo eficaces y operativas, a las nuevas realidades productivas y a los cambios socio-económicos imperantes en nuestras sociedades, pues el Derecho del Trabajo es incomprensible si no está interrelacionado con los restantes elementos de la realidad social, y si esta realidad social cambia hay que plantearse en qué medida deben cambiar las notas que definen el tipo de relación social que es objeto de la norma laboral. Adecuación que, además, debe permitir resistir los impulsos que poseen algunos sectores del fundamentalismo liberal de reducir el Derecho del Trabajo a su mínima expresión, o si acaso de darle un “new look” que satisfaga de forma total y absoluta los intereses de un sector minoritario del empresariado, con el riesgo que ello plantearía nuevamente de quiebra o puesta en tela de juicio de un cierto equilibrio social que todavía existe hoy a mi parecer en numerosos Estados desarrollados”.

Más adelante, seguía reflexionando sobre las señas de identidad del Derecho del Trabajo y de la Protección Social, y más ampliamente sobre la problemática laboral, y lo hacía en estos términos: “Hay que tomar conciencia de la importancia del derecho al trabajo como un derecho de ciudadanía, y a continuación adoptar las medidas necesarias, tal como propugna la OIT, para que sea un trabajo decente, con derechos que permitan tener una vida laboral digna para toda persona trabajadora. Es curioso que haya que volver a los orígenes del Derecho del Trabajo para recordar que aquello que puede ser bueno para un empleador, la máxima explotación de la fuerza de trabajo, es nocivo para el conjunto de la sociedad, razón por la que se adoptaron las primeras normas laborales. Por ello, y en el siglo XXI, pensar el trabajo en términos únicamente de ingresos económicos, me parece erróneo, aunque sea importante, ya que si no va acompañado de un desarrollo de la persona perderá todo su valor. Y no olvidemos, por favor, que no todo trabajo se encuentra en el mercado. La vida laboral es mucho más que normas, y de ahí la importancia del día a día de las relaciones de trabajo, donde la flexibilidad y el acuerdo entre las partes es mucho, muchísimo mayor de lo que algunos organismos internacionales, europeos y españoles creen. Si planteamos el debate sobre el pleno empleo vinculándolo a reducción de derechos económicos y sociales nos estaremos equivocando. Sí es cierto que hay que plantearse cómo está cambiando el trabajo y el impacto sobre el mismo, por ejemplo, del cambio tecnológico, de los datos demográficos de envejecimiento de la población en países desarrollados, de la mayor presencia femenina en el mercado laboral y de la necesaria incorporación de los jóvenes. Es este el debate, y no el de una reducción de condiciones de vida, y de trabajo, para gran parte de la población mientras se incrementan cada vez más las desigualdades sociales. Al hablar de pleno empleo no

podemos pensar únicamente en un porcentaje bajo de trabajadores desempleados, sino también y muy especialmente “la categoría de los puestos de trabajo disponibles y los ingresos que generan”, pues no basta con que una persona pueda trabajar, sino que es necesario que este trabajo sea gratificador, que satisfaga las necesidades materiales y sociales de las personas; o dicho de otra forma, hay que apostar por un “trabajo decente”.

Ya me acerco al presente y miro hacia el futuro: el futuro del trabajo y el impacto de la tecnología, es decir principalmente de cómo afectan los procesos de digitalización y robotización de actividades productivas, tanto sobre las personas trabajadoras como sobre sus concretas condiciones de trabajo, está mereciendo especial atención por parte de la doctrina laboralista en revistas especializadas. Más aún, la economía de plataformas (prefiero este término al más habitualmente utilizado de economía colaborativa porque creo que muchas de las empresas que suelen incluirse en los análisis no tienen precisamente la nota de colaboración entre los sujetos implicados en su ADN) cada vez está siendo objeto de mayor interés por la joven, y también la no tan joven, doctrina iuslaboralista. Debemos plantearnos cómo el mundo sindical debe adaptarse a una realidad productiva que está cambiando a pasos agigantados y ser sujeto activo del cambio, poniendo en el centro de la negociación con las organizaciones empresariales, con las empresas y los gobiernos, la puesta en marcha de las medidas adecuadas y necesarias para incentivar la adquisición del conocimiento necesario en un marco productivo donde la persona y la máquina trabajarán, de hecho ya es así, conjuntamente.

Mirando al futuro, y con independencia de los cambios que se operan en las relaciones de trabajo por el impacto de los nuevos sistemas de producción, estamos en condiciones de seguir afirmando que las relaciones de trabajo siguen siendo conflictivas, la desigualdad de partes sigue existiendo, la subordinación al poder de dirección organización y disciplinario del empleador, también; la reformulación del presupuesto substantivo de la ajenidad, para atender a las nuevas (algunas no tanto, ni mucho menos) realidades laborales basadas en aplicaciones informáticas, no obsta a que este siga existiendo. Y, más allá, aquello que se considera del todo punto necesario es que toda persona trabajadora, asalariada o autónoma, tenga unos derechos laborales y de protección social garantizados. O, al menos, es lo que defendemos quienes creemos que la existencia de tales derechos garantiza, mínimamente al menos, la necesaria cohesión social que debe existir en toda sociedad democrática.

¿Hay que adaptar estas tesis a las nuevas (aunque algunas aparentemente modernas no sean sino una versión edulcorada de realidades ancladas en los años ochenta del pasado siglo XX y sólo con las modificaciones intro-

ducidas por el desarrollo tecnológico) realidades laborales? Por supuesto, siempre que mantengamos el ADN del Derecho del Trabajo y demostremos, que la normativa laboral, tanto legal como convencional, es positiva para la economía, y por consiguiente, es aquí donde hay que poner el acento y enfatizar, para la mayor parte de la población². Normativa laboral y de protección social, y economía, van inseparablemente unidas, siendo necesario actuar en los dos ámbitos para proteger y defender a la gran mayoría de la población. Como ha subrayado la destacada economista Mariana Mazzucato, “una agenda progresista debe ofrecer tanto un Estado del bienestar bien dotado de recursos como un Estado de la innovación dinámico, porque ambos van de la mano. Sin servicios sociales, demasiadas personas seguirán siendo vulnerables e incapaces de acceder a los ingredientes básicos del bienestar y la participación económica, como la educación, la seguridad laboral y la salud. Y sin innovación, el crecimiento económico y las soluciones a los problemas sociales más acuciantes –ya sea una pandemia, el cambio climático o la brecha digital- seguirán estando fuera de nuestro alcance”³. Y caben otras alternativas, ahora enfocadas desde la realidad económica y social europea, como son las de reforzar la negociación colectiva a través de la contratación pública, ya que se ha defendido que “las normas deberían poner un piso de decencia bajo cada trabajador del sector privado bajo un contrato de contratación pública. Pueden hacerlo a través de un cambio simple pero profundo: al permitir que sólo las empresas en las que los trabajadores tienen acuerdos de negociación colectiva accedan al dinero público, los trabajadores recuperarían los medios que necesitan para hacer frente a la crisis del coste de la vida”⁴

Una normativa laboral en la que debe adquirir especial importancia la protección de las personas trabajadoras, en especial los colectivos más vulnerables, con políticas de empleo adecuadas, que deben prestar especial atención a la evolución demográfica, al cambio climático y a la digitalización, factores todos ellos que cada vez tienen y tendrán mayor influencia en el devenir del mundo del trabajo y que afectan a todas las personas con independencia de su edad, debiendo además inscribirse en el marco de políticas económicas y sociales que sitúen la igualdad de género en el centro de sus planteamientos y el aprendizaje permanente y dirigido a todas las capas de la población⁵. Así lo ponía de manifiesto también la Comisión Europea con

² Coincido con las tesis aprobadas en el recientemente celebrado Congreso del Partido de los Socialistas Europeos (PSE) https://pes.eu/wp-content/uploads/2022/10/Resolution-Congress-2022-web_ES.pdf

³ Towards a progressive economic agenda. <https://socialeurope.eu/toward-a-progressive-economic-agenda> (última consulta: 19 de octubre)

⁴ Oliver Roethig. Achieving wage justice in Europe. <https://socialeurope.eu/achieving-wage-justice-in-europe> (última consulta: 17 de octubre)

⁵ “Responder a la crisis y fomentar el desarrollo inclusivo y sostenible con una nueva generación de

ocasión de la apertura de una consulta sobre un Pilar Europeo de Derechos Sociales, Pilar, que vería la luz pública, y que está siendo desarrollado normativamente desde entonces, en la cumbre interinstitucional del Parlamento, la Comisión y el Consejo Europeo, celebrada en la ciudad sueca de Gotemburgo en noviembre de 2018, que además de subrayar la paradoja existente entre el aumento de los niveles de educación y el desajuste generalizado de las aptitudes, destacaba en su análisis las crecientes desigualdades en el mundo del trabajo, las nuevas necesidades y oportunidades que se derivan de los avances en la esperanza de vida y del envejecimiento demográfico, y los cambios tecnológicos y la digitalización de la sociedad y la economía, las transformaciones ocurridas en las estructuras sociales y los patrones familiares y laborales, la prolongación de la vida laboral, y, en fin, la diversificación de la mano de obra y la propagación de nuevas formas de trabajo⁶.

Porque, aun cuando la situación laboral de muchas personas trabajadoras ha mejorado a lo largo de los años, habiendo sido necesario para ello muchos conflictos laborales para reivindicar primero, obtener después, y mantener más adelante, derechos laborales, no podemos olvidarnos de un dato proporcionado por la OIT en 2016 y que la crisis de la Covid-19 ha probablemente mantenido o incluso incrementando si hemos de hacer caso, como siempre es así, a los informes elaborados por la organización internacional sobre el impacto de la crisis sanitaria en el mundo del trabajo a escala mundial: “aproximadamente la mitad de los trabajadores asalariados y a sueldo de todo el mundo carecen de contratos de trabajo permanentes, lo cual tiene consecuencias en materia de derechos laborales, seguridad de

políticas integrales de empleo: Tercera discusión recurrente sobre el objetivo estratégico del empleo”. Informe V. Conferencia Internacional del Trabajo, 110ª reunión, 2022 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_842087.pdf En el documento se identifican varios ámbitos “susceptibles de mejora”: “prestar mayor atención a quienes han quedado o corren el riesgo de quedarse atrás... , políticas macroeconómicas y sectoriales más centradas en el empleo...., transiciones bien gestionadas y los trabajadores deben ser protegidos a través de un paquete integrado de formación, protección social y políticas activas del mercado de trabajo. ... , políticas nacionales de empleo con perspectiva de género (que incluyan) las medidas de fomento de la creación de empleos verdes; los métodos para aprovechar los cambios tecnológicos en aras del trabajo decente; las medidas relacionadas con los cambios demográficos y la globalización, y los enfoques para impulsar la creación de empleos decentes en la economía rural y a través de las pymes en el contexto del futuro del trabajo...., disponer de recursos financieros adecuados es fundamental para aplicar con éxito las políticas de empleo. En los países con capacidad fiscal muy limitada, es importante considerar la posibilidad de alianzas innovadoras, apoyo multilateral y movilización de recursos nacionales”.

6 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4bab37-e5f2-11e5-8a50-01aa75e-d71a1.0013.02/DOC_1&format=PDF (última consulta: 20 de octubre)

los ingresos, desigualdad de salarios e ingresos, cobertura de la protección social y consecuencias para el progreso económico y social en sentido más amplio”⁷.

3. Factores sociales y económicos que impactan en las relaciones de trabajo.

nsecuencias para el progreso económico y social en sentido más amplio

Tomo como punto de referencia el muy importante “Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo”⁸, elaborado por la Oficina Internacional del Trabajo a finales de 2017, y actualizo su contenido con propuestas ulteriores, y aportaciones doctrinales de indudable interés.

¿Cuáles son las grandes tendencias e implicaciones para el futuro del trabajo?

A) Se concentra en primer lugar en la globalización, que abarca “la internacionalización de la producción, las finanzas (incluidas las remesas), el comercio y la migración”, siendo relevante destacar el importante estancamiento del comercio que se ha producido en los últimos años, y que tiene además especial impacto sobre el empleo a escala mundial, ya que una parte importante del mismo se concentra en las llamadas cadenas mundiales de suministro (ámbito de actividad en donde se opera la fragmentación de la producción en tareas y actividades), de tal manera que el Informe se plantea, y no tiene respuesta concreta, que conforme se ralentiza el comercio “se desconoce si las cadenas mundiales de suministro y la fragmentación de la producción seguirá creciendo o si cambiará su naturaleza”. Esta temática cobra especial relevancia tras la crisis sanitaria provocada por la Covid-19, así como también por los debates existentes a escala internacional sobre la necesidad de aprobar un tratado vinculante que garantice la protección de los derechos de las personas trabajadoras en toda la cadena de producción, con independencia del país en que se encuentre la casa matriz y los diversos centros de trabajo⁹.

7 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_465463.pdf Conferencia Internacional del Trabajo, 105.ª reunión, 2016 (última consulta: 19 de octubre).

8 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf (última consulta: 15 de octubre)

9 Véase Aboim Machado, Luciana y Pérez Amorós, Francisco. El Proyecto de instrumento internacional vinculante sobre empresas y derechos humanos: ¿fin del paradigma de la voluntariedad? Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho de Empleo. Vol.9, núm.3, julio-septiembre 2021, págs. 3-54 http://ejcls.adapt.it/index.php/rld_eadapt/issue/view/81 (última consulta: 19 de octubre)

b) Respecto a la tecnología, se destaca su impacto transformador sobre la naturaleza del trabajo, mucho más que en etapas históricas anteriores, poniendo de manifiesto la divergencia de tesis existentes sobre el impacto creador, neutro o destructor de la misma en términos de empleo, aunque de lo que no parece haber duda es de que afecta en gran medida a las competencias y habilidades personales, y que provoca una polarización entre los niveles altos y bajos de cualificación profesional de las personas trabajadoras, con un impacto igualmente importante sobre el crecimiento de las diferencias salariales. Para los autores del Informe, el impacto de la tecnología en el mundo del trabajo dependerá “de cómo se distribuyan los beneficios, dado el aumento de la desigualdad de los ingresos entre países y regiones, y de si la transición crea trabajo decente y de calidad”.

Soy del parecer que podemos partir de la existencia de mitos, verdades y fake news de la digitalización. De la potenciación del individualismo en las relaciones de trabajo y la pérdida, o cuando menos disminución, del componente colectivo, con lo que ello implica de dificultades para la acción colectiva. También, de que, la tecnología no es neutra y que los algoritmos pueden tener diversos y variados sesgos discriminatorios, por lo que su conocimiento, y negociación en vía laboral en todo aquello que afecte a las condiciones de trabajo, deviene del todo punto necesario.

A mi entender, la tecnología no es la causante de la precariedad, sino que son las decisiones que adoptan los humanos sobre su utilización la que puede afectar de una forma u otras a las relaciones de trabajo en términos de mayor autonomía y poder decisional de la persona trabajadora a la hora de prestar sus servicios, o bien de restringir extraordinariamente su ámbito y facultades de actuación. Hay que seguir reivindicando el cumplimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social. Dicho cumplimiento, no es a mi entender nada más ni nada menos que un signo de modernidad, porque no hay nada más moderno que conseguir que todas las personas, en su gran mayoría trabajadoras, tengan derechos, y entre ellos el de un trabajo digno y decente.

Las virtudes y defectos, las aportaciones positivas, y negativas de la tecnología¹⁰, o más exactamente de su uso, han sido puestas sobre la mesa (ahora

10 El impacto de la tecnología en las relaciones laborales en el Derecho del Trabajo en Perú ha sido objeto de atención en el reciente número 26 (setiembre-febrero 2022) de la Revista Laborem <https://laborem.spdttss.org.pe/index.php/laborem/issue/view/1> (última consulta: 21 de octubre). En el editorial, la directora de la Revista, Betty Egúsqüiza, y su editor, Raul G. Saco, destacan, acertadamente a mi parecer, que “El tema en común que es analizado por los artículos presentados en esta edición es el impacto de la tecnología en las relaciones laborales. Con relación a este asunto, no hay duda de que, desde la declaración de Estado de Emergencia a nivel mundial, el uso de la tecnología ha generado modificaciones en la relación laboral, las que han sido imprevistas y se han desarrollado a una enorme velocidad; produciéndose, por lo tanto, una serie de cambios en los elementos esenciales de la

sería más correcto decir sobre el ordenador o la tablet o el smartphone) por un prestigioso científico, Martín Rees¹¹ Su hilo conductor es que la prosperidad de la población del mundo, que va en aumento, “depende de la sabiduría con que se haga uso de la ciencia y la tecnología”.

Son especialmente interesantes tres ideas plasmadas en la publicación y que, siendo de carácter general, creo que son perfectamente aplicables al mundo del trabajo: la primera, que en una época en la que todos estamos interconectados, “cuando los desfavorecidos son conscientes de sus apuros y cuando la migración es fácil, cuesta ser optimista acerca de un mundo pacífico un abismo, tan profundo como lo es en la geopolítica de hoy en día, entre los niveles de bienestar y las oportunidades de la vida en regiones diferentes”; la segunda, que al considerar como será el futuro dentro de algunas décadas, “hemos de mantener nuestra mente abierta, o al menos entreabierta, a avances transformadores que hoy pueden parecer ciencia ficción”; por fin, la tercera, de especial interés para el mundo jurídico, es que “las normativas pueden ayudar. Pero las normativas no ganarán terreno a menos que cambie la manera de pensar de la sociedad”.

También es muy sugerente la reflexión de Jonathan Everett, head of policy at the Royal Statistical Society, en un reciente artículo¹² (2021), del que reproduzco este fragmento que recuerda que los algoritmos son producto de decisiones humanas: “El uso de las estadísticas para informar sobre la política se basa en la confianza del público. Cuando ésta empieza a desvanecerse, es muy difícil restablecerla. Los estadísticos tienen un papel que desempeñar al explicar los límites e incertidumbres inherentes a los algoritmos y modelos. Y en las administraciones públicas cada vez hay más estadísticos que asumen posiciones de liderazgo y ayudan a configurar la agenda política. Pero este no puede ser el único trabajo de los estadísticos: necesitamos que los ministros y otros políticos traten a los algoritmos como productos de decisiones humanas y no como fuentes fáciles de culpa cuando las cosas van mal. Así que, cuando se utilicen algoritmos y el resultado sea indeseable, tengamos cuidado de echar la culpa a quien corresponde: al rey y no al asesor”.

La tecnología bien utilizada es sin duda un gran beneficio para toda la sociedad, pero en manos de unas pocas corporaciones transnacionales puede llegar a devolver a gran parte de la ciudadanía a un modelo de sociedad

relación laboral (prestación personal, remuneración y subordinación”, de tal manera que con todos los artículos “se ha condensado una serie de propuestas y reflexiones sobre la armonización y sinergia entre la tecnología y el mundo de las relaciones laborales, tema que resulta de importante vanguardia en el escenario jurídico nacional y mundial vigente”.

11 En el futuro: Perspectivas para la humanidad. 2019.

12 From A-levels to pensions, algorithms make easy targets – but they aren't to blame <https://www.the>

que se diferencia poco del siglo XIX por lo que respecta a las condiciones de desigualdad. Así lo explica, y fundamenta, de manera brillante y exhaustiva la profesora emérita de la Universidad de Harvard Shoshana Zuboff¹³, de cuyas aportaciones me quedo ahora con una frase muy gráfica con la que explica las desigualdades existentes: “Ahora disponemos de las herramientas para captar bien la destructiva complejidad de la colisión a la que aquí me estoy refiriendo: lo que nos resulta insoportable es que las desigualdades económicas y sociales han vuelto a las antiguas pautas feudales preindustriales, pero nosotros, las personal, no”, y que “... nos sabemos merecedores de una dignidad y de la oportunidad de vivir una vida eficaz”¹⁴.

También me parece conveniente destacar una reciente, e importante, Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo, sobre la inteligencia artificial en la era digital. Destaco su análisis del “ecosistema de excelencia”, con mención al talento (con un amplio contenido igualmente de especial interés laboral) y la investigación, es seguido del “ecosistema de confianza”, en el que se detiene en el examen de la sociedad y la IA, la administración electrónica y la sanidad electrónica, con una mención directamente laboral, y de no poca importancia, en el primer apartado, cual es que la introducción de determinadas tecnologías de IA en el lugar de trabajo, como las que utilizan los datos de los trabajadores, “debe realizarse en consulta con los representantes de los trabajadores y los interlocutores sociales”, además de señalar que los trabajadores y sus representantes “deben poder solicitar a los empleadores información sobre los datos que se recogen, el lugar en que se almacenan, la forma en que se tratan y las salvaguardias que existen para protegerlos”¹⁵.

c) El Informe cita, no podría ser de otra, la demografía, el cambio demográfico, como uno de los retos y tendencias más relevantes, poniendo de manifiesto el diferente impacto que tiene en las diversas regiones mundia-

13 La era del capitalismo de la vigilancia. 2021.

14 El futuro del trabajo, o más exactamente de los trabajos, ha sido objeto de atención monográfica, con varios artículos de indudable interés, en un reciente número de la Revista *Metrópolis* Barcelona. Desde la perspectiva más laboral, en la presentación de la revista, su directora Milagros Oliva subraya, que “La revolución digital, la robótica y la inteligencia artificial están cambiando la forma de trabajar. La crisis que sufre el mundo laboral sólo es el preludio de los grandes cambios que vendrán.... El mundo laboral se encuentra en plena metamorfosis. La inteligencia artificial y la robótica están en condiciones de asumir buena parte de las tareas repetitivas y pesadas que hacen los humanos. Las tecnologías digitales destruirán muchos puestos de trabajo, pero, como ha ocurrido en otras revoluciones, también se crearán nuevos. No sabemos aún cuál será el balance final, pero sí sabemos que estamos a las puertas de un nuevo ecosistema laboral y que el gran reto es repartir el trabajo y la riqueza de manera que se pueda garantizar una vida digna para todos”. <https://www.barcelona.cat/metropolis/es/dosier/los-futuros-del-trabajo> (última consulta: 18 de octubre de 2022)

15 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html (última consulta: 20 de octubre)

les según que en cada una de ella se produzca un incremento del número de personas jóvenes o de personas de edad avanzada, destacándose la gran diferencia entre países emergentes y en desarrollo, en los que sus dinámicas demográficas “han llevado a un aumento de la población joven que accede al mercado de trabajo”, mientras que en los países desarrollados el dato prevalente es el progresivo envejecimiento de la población y el incremento de la tasa de dependencia, ya que si en 1950 la proporción era de ocho mayores de 65 años por cada cien personas en edad de trabajar, la cifra ya era de doce en 2015, previéndose que puede llegar a dieciocho en 2030, y de ahí que se plantee el recurso de acudir a la migración para dar respuesta a la disminución de la fuerza laboral, sin olvidar el potencial de creación de empleo en sectores vinculados a las personas de edad, como son entre otros los de salud y los de cuidados de larga duración.

d) La importancia del cambio climático a efectos laborales es también enfatizada en el documento, insistiéndose en la importancia de reducir las emisiones y lograr una transición hacia una economía más ecológica que atenúe, por los menos, situaciones ya graves que se han producido como “el desplome de la pesca, la degradación del suelo, las migraciones forzadas, la contaminación de la atmósfera y de los acuíferos, y la pérdida de la diversidad”.

No es especialmente optimista el Informe al abordar esta temática, poniendo de manifiesto que “La relación entre el desarrollo económico y el medio ambiente ha dado un giro: la degradación continua de nuestro entorno va camino de destruir empleos y medios de subsistencia, y son los grupos vulnerables quienes perciben sus efectos de modo más riguroso, entre ellos los desplazados de sus hogares como resultado de los desastres relacionados con el cambio climático, los pueblos indígenas y tribales y los pobres”.

Al igual que ocurrirá, mejor dicho, que ya está ocurriendo, con el cambio tecnológico por su impacto sobre el empleo, los nuevos empleos que puedan crearse en el marco de esta economía menos contaminante y más ecológica deberán adaptarse a tales cambios, con nuevas cualificaciones y perfiles de los puestos de trabajo, pero además también habrá que tomar en consideración la adaptación de los entornos y las prácticas de trabajo, así como también de los diseños de productos y su manufactura.

En definitiva, habrá que adoptar medidas para que se produzca una “transición justa” entre un modelo y otro, que deberán prestar atención especial a las personas trabajadoras, ya que aquello implicará sin duda “desplazamientos entre unos sectores y otros, y cambios en las cualificaciones requeridas, tanto para las empresas como para los individuos”.

4. El mundo del trabajo en 2022. Un análisis del presente y una obligada proyección hacia el futuro.

Si tuviera que hacer un rápido inventario de las cuestiones a las que la normativa laboral y de protección social debe dar respuestas, por sí sola o en colaboración con otras disciplinas, apuntaría estas problemáticas: Políticas de igualdad en el ámbito laboral (¿cómo afecta la crisis a los avances conseguidos hasta ahora?); cambio demográfico; gestión de la inmigración; impacto de la inteligencia artificial en las relaciones de trabajo: derechos y deberes digitales; antiguos y nuevos riesgos laborales, físicos y psíquicos; cambio climático e impacto en los territorios, en los trabajos y en las personas; nuevas (y no tan nuevas) formas de trabajo (teletrabajo, trabajo a distancia); impacto de los cambios en el mundo del trabajo de las actitudes de la ciudadanía en hábitos de consumo tras la crisis, y sus efectos sobre el empleo; intervención pública en la economía; necesaria formación y reestructuración profesional ante los cambios; actitudes proactivas.

A varias de ellas me he referido en este artículo con anterioridad. Y ahora quiero hacerlo con carácter general a partir del análisis del último informe de la OIT, “Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: Tendencias 2022”¹⁶, publicado el 15 de junio, continuando con el análisis de la realidad laboral a escala mundial y que el año 2021 había parcialmente interrumpido al dedicar monográficamente su atención al trabajo en las plataformas digitales, algo que bien entendido también era un análisis global por la importancia que han adquirido estas. El Informe 2022 es muy probablemente uno de los documentos más importantes para conocer como está evolucionando el mundo del trabajo tras la pandemia, y cuáles son las perspectivas de futuro y las necesidades con las que se enfrenta gran parte de la población trabajadora.

¿Qué cabe destacar del Informe 2022 de la OIT?

En primer lugar que muchos de los logros en materia de trabajo decente conseguidos antes de la pandemia se han visto considerablemente afectados, y que “los déficits de trabajo decente preexistentes están mermando las perspectivas de una recuperación sostenible en muchas regiones”.

En segundo término, y en concreto sobre el impacto de la crisis, partiendo las últimas previsiones de crecimiento económico, se calcula que el total de horas trabajadas a escala mundial en 2022 se mantendrá casi un 2 por ciento por debajo de su nivel prepandémico una vez ajustado al crecimiento de la población, “lo que corresponde a un déficit equivalente a 52 millones

¹⁶ https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends2022/WCMS_848464/lang-es/index.htm (última consulta: 20 de octubre de 2022)

de puestos de trabajo a tiempo completo (tomando como referencia una semana laboral de 48 horas)”. Seguiremos estando por debajo de la tasa de empleo de 2011, calculándose que en el presente año se sitúe en el 55,9 %, un 1.4 % inferior.

En tercer lugar, el desigual impacto de la crisis y afectación más negativa y grave para las naciones en desarrollo, que ya presentaban “mayores niveles de desigualdad, condiciones laborales más diversas y sistemas de protección social más débiles incluso antes de la pandemia”. Ello, no obstante, se produce un impacto negativo de la crisis en todas las regiones mundiales, subrayándose en el documento que “en general, los indicadores clave del mercado de trabajo aún no han vuelto a los niveles anteriores a la pandemia en ninguna de las regiones: África, las Américas, los Estados Árabes, Asia y el Pacífico, y Europa y Asia Central”.

En cuarto lugar, que la economía informal, que había sido en muchos países un amortiguador en crisis anteriores, no lo ha sido en la presente por su impacto en todos los sectores económicos, y que además se ha constituido en un freno para que las personas y empresas que operan en ella se vieran beneficiadas de las ayudas públicas, ya que “las empresas informales han tenido menos posibilidades de acceder a las líneas de crédito formales o al apoyo gubernamental relacionado con la COVID-19”.

En quinto lugar, el impacto que provoca en la reconfiguración de las relaciones económicas y laborales, dados los cambios producidos por el incremento de la actividad en línea, el incremento de costes comerciales y su repercusión en las cadenas de producción y la “renacionalización” de algunas de las actividades anteriormente externalizadas. Así lo explica con todo detalle el Informe 2022: “La recuperación asimétrica de la economía mundial ha empezado a provocar efectos en cadena a largo plazo, en términos de incertidumbre e inestabilidad persistentes, que podrían desbaratar la recuperación. Los cambios en la demanda del mercado y el aumento de los servicios en línea, el incremento vertiginoso de los costos comerciales y los cambios provocados por la pandemia en la oferta de mano de obra han creado cuellos de botella en la industria manufacturera, lo que impide que se restablezcan las condiciones del mercado de trabajo anteriores a la pandemia. Las alteraciones marcadas y prolongadas de la cadena de suministro están generando incertidumbre en el entorno empresarial y podrían llevar a una reconfiguración de la geografía de la producción con notables consecuencias para el empleo”.

En sexto lugar, la OIT alerta del incremento de las desigualdades tecnológicas, que no solo afectan ni mucho menos al ámbito laboral, y del crecimiento de la brecha de género, así como de su afectación especial a

jóvenes que se vieron afectados en su etapa educativa por la crisis de 2008 y que ahora sufren, en sus primeras fases de vida laboral, la actual, y se preocupa, como no podría ser de otra forma, por el impacto que todo ello tiene no sólo sobre la cantidad sino también sobre la calidad del trabajo, poniendo en riesgo el objetivo perseguido de un trabajo decente y digno. En el documento se alerta, pues, de que la pandemia “está exacerbando diversas formas de desigualdad, desde la intensificación de las desigualdades de género hasta la ampliación de la brecha digital”, y que los cambios en la composición de las relaciones de trabajo “como la dependencia del empleo informal por cuenta propia para ganarse la vida, el aumento del trabajo a distancia y las diversas tendencias en materia de trabajo temporal, podrían deteriorar la calidad de las condiciones de trabajo”.

Por fin, en séptimo lugar, y en esta muy apretada y totalmente subjetiva síntesis del documento que he realizado, la OIT enfatiza la necesidad de abordar la crisis y sus secuelas desde los cuatro pilares que son el santo y seña de sus últimos documentos y por supuesto también de la Declaración de su Centenario: el crecimiento económico y el desarrollo inclusivos; la protección de todos los trabajadores; la protección social universal, y el diálogo social.

Y muy especialmente deseo destacar este último, tan valorado a escala mundial, ya que se pone de manifiesto, y en la misma línea he tratado de explicarlo y defenderlo en todos los artículos en los que he abordado las medidas adoptadas durante la crisis, y mucho más recientemente con la reforma laboral llevada a cabo en España por el Real Decreto-Ley 32/2021 de 28 de diciembre, que “ha desempeñado un papel fundamental en la respuesta a la pandemia, y muchas políticas y medidas para limitar la pérdida de puestos de trabajo han sido fruto de los debates tripartitos” y que durante el periodo de recuperación, “el diálogo social seguirá siendo crucial para vislumbrar soluciones que redunden en beneficio de las empresas y los trabajadores y que tengan repercusiones macroeconómicas y efectos indirectos positivos”, reforzando estas tesis con la petición, que se dirige fundamentalmente a los países en que está poco desarrollado, de que “para que el diálogo social desempeñe este papel, será necesario reforzar las capacidades de las administraciones públicas y de las organizaciones de empleadores y de trabajadores con el fin de que participen en dicho proceso”.

Especialmente interesante a mi parecer es el análisis de cómo poner en marcha políticas para que sean posibles transiciones a lo largo de la vida, y que se desarrollen de manera “satisfactoria y equitativa”, teniendo en cuenta las necesidades, intereses, y expectativas de las personas trabajadoras. Jugará un papel importante en la transición, o transiciones (para entrar

en el mercado de trabajo, durante la vida laboral, y tras salir de dicho mercado) en primer lugar la edad, “reconociendo que cada fase de la vida corresponde a retos específicos del mercado de trabajo, y que las trayectorias individuales son en parte irreversibles porque las transiciones, oportunidades y limitaciones anteriores pueden tener consecuencias durante toda la vida laboral”, y en segundo término varios factores que afectan de forma desigual a cada persona y a los que hay que prestar atención, como son entre otros “las obligaciones laborales, familiares y de cuidados, la ubicación (urbana/rural), la educación, la condición migrante, etc.”).

5. Y para concluir, un apunte sobre la diversidad del mundo del trabajo.

Al igual que he expuesto en el epígrafe anterior, si tuviera que hacer un muy rápido inventario de la diversidad del mundo del trabajo, y por consiguiente de la complejidad que tiene ante sí la normativa laboral y de protección social, lo haría en los términos que siguen, en el bien entendido que en bastantes ocasiones se dan duplicidades, o más, entre los distintos supuestos en los que puede encontrarse una persona trabajadora; además, me detendré en dos de ellos, por su especial trascendencia social, que va mucho más allá del ámbito estrictamente jurídico.

- Trabajadores voluntarios versus trabajadores forzosos.

La OIT acaba de publicar, el 12 de septiembre, un nuevo informe en el que aborda la problemática del trabajo forzoso y también del matrimonio forzoso, aportando no solo reflexiones y propuestas de indudable valor sino también estimaciones mundiales del número de personas que en pleno siglo XXI siguen en situación de “esclavitud moderna”¹⁷

El documento, además de nuevas propuestas, pone al día los datos disponibles en un anterior informe que, con el título “Intensificar la lucha contra el trabajo forzoso”, se presentó en la 103ª reunión anual de la Conferencia Internacional de Trabajo, celebrada en 2014, y en el que se explicaba que se calculaba que había 20,9 millones de personas víctimas del mismo, y de ellas, “18,7 millones (90 %) son explotados en la economía privada por individuos o empresas. De estos últimos, 4,5 millones (22 por ciento) son víctimas de explotación sexual forzada y 14,2 millones (68 por ciento) son víctimas de explotación laboral forzada en actividades económicas como la agricultura, la construcción, el trabajo doméstico o la manufactura”.

17 https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_854797/lang-es/index.htm (última consulta: 18 de octubre)

Se conceptualaba el trabajo forzoso, y sigue siendo válida esta referencia, como “la expresión utilizada por la comunidad internacional para referirse a las situaciones en las que las personas afectadas – mujeres y hombres, niñas y niños – son obligadas a trabajar en contra de su voluntad, coaccionadas por sus patronos o empleadores, por ejemplo mediante violencia o amenazas de violencia, o por medios más sutiles como la acumulación de sumas adeudadas, la retención de los documentos de identidad o la amenaza de denuncia a las autoridades de inmigración. Dichas situaciones también pueden considerarse como trata de personas o prácticas análogas a la esclavitud, que son expresiones similares, aunque no idénticas, en términos jurídicos”.

Se piden préstamos económicos para migrar a otros países y una vez en ellos se ven obligados a trabajar contra su voluntad en determinadas actividades para poder devolver las cantidades adeudadas, a la par que evitar represalias contra miembros de sus familias que permanecen en los países de origen; trabajadores, preferentemente trabajadoras, en el sector doméstico que son desprovistos de sus documentos personales de identidad durante la prestación laboral y que por ello no disponen de libertad para rescindir la relación de trabajo o más simplemente para poder desplazarse por el territorio en el que residen, y ello siempre y cuando puedan salir de la residencia en que se alojan. Estas realidades no se dan sólo ni muchos menos, en países en vías de desarrollo, sino que las conocemos en países desarrollados y practicadas por sujetos empleadores de lo que poco se podría pensar, en principio, que iban a incumplir flagrantemente las normas laborales hasta llevar a sus trabajadores o trabajadoras a una situación de explotación severa y cercana a la esclavitud moderna.

Por ello, la falta real de voluntariedad de la prestación convierte a las personas trabajadores en esclavos modernos del siglo XXI, donde las condiciones laborales se asemejan a las del siglo XIX o anteriores, con flagrantes incumplimientos de la normativa sobre jornada y horario de trabajo, y con remuneraciones que, cuando existen, están muy por debajo del mínimo exigible.

- Trabajadores con empleo, estable o temporal.
- Trabajadores desempleados, perceptores o no de prestaciones, contributivas o asistenciales, por desempleo.
- Trabajadores en la economía formal y en la economía informal. Los datos de la OI, de 2021¹⁸, son muy relevantes ya que demuestran claramente la diversidad del mundo del trabajo por lo que respecta tanto a

18 Las desigualdades en el mundo del trabajo. Informe IV. Conferencia Internacional del Trabajo. 109ª reunión 2021 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_854797.pdf (última consulta: 19 de octubre)

las condiciones laborales como de protección social: nada más ni nada menos que el 61,2 % de la población ocupada a escala mundial, el 61,2 % del total desempeña su actividad en la economía informal, , y que dentro de este gran grupo “los trabajadores independientes (con o sin empleados asalariados) representan el 47,7 por ciento de los trabajadores del sector informal, los trabajadores asalariados el 36,2 por ciento y los trabajadores familiares auxiliares el 16,1 por ciento”, con especial afectación por lo que respecta a los (inferiores) ingresos obtenidos por las mujeres, aportándose el dato muy significativo de que “una mujer en la economía informal gana, en promedio, el 47 por ciento del salario mensual de un hombre en el empleo formal, un hombre con empleo asalariado en la economía informal gana el equivalente al 66 por ciento, mientras que una mujer con empleo asalariado formal gana, de media, el 79 por ciento de lo que ganaría un hombre en la misma situación”. El impacto de la economía informal también es muy significativo cuando examinamos los datos del nivel de pobreza, ya que, excluyendo al sector de la agricultura, mientras que dicho nivel es del 15,1 % en el empleo formal, se duplica hasta llegar al 31,3 % en el empleo informal.

- Trabajadores en economía regular/legal o irregular/sumergida/ilegal.
- Trabajadores del sector público y del sector privado.
- Trabajadores de empresas pequeñas, medianas y grandes. A título de ejemplo significativo, las pequeñas y medianas empresas en España (pymes), de 1 a 249 trabajadores, son el 99,63% (1.302.209) de las empresas y emplean al 59,94% (8.426.593) de los trabajadores.
- Trabajadores y trabajadoras. Marco legal y realidad laboral
- Trabajadores por cuenta ajena y trabajadores autónomos.
- Trabajadores nacionales, comunitarios y asimilados (la referencia es a la Unión Europea); trabajadores extracomunitarios.
- Trabajadores jóvenes (16-30 años), adultos (30-45), “tercera edad” laboral (+ 45 años).
- Personas trabajadoras con discapacidades psíquicas, físicas, y/o sensoriales.
- Personas que trabajan en el centro de trabajo y quienes lo hacen a distancia.
- Quienes prestan servicios en plataformas tecnológica online y offline.

6 Nota final.

Concluyo este artículo reiterando mi agradecimiento a AMACHAQ. He tratado de exponer, sin ninguna vocación de exhaustividad, cómo se encuentra hoy ese mundo del trabajo cada vez más cambiante y diversificado, y cuáles son los retos con los que se enfrenta, que es claro que no son solo de índole jurídica, sino que tiene ante sí los económicos y los sociales. En esta tarea, el acercamiento a los documentos emanados del máximo foro mundial internacional, la OIT, es del todo punto necesario, y así lo he reflejado. Y permítanme que acabe señalando que queda mucho por hacer para conseguir ese objetivo marcado por la OIT, el trabajo decente, digno y con derechos, y que hay que seguir luchando para que ello sea posible, ya que, como nos recordaba ese gran poeta español que fue Antonio Machado, “caminante no hay camino, se hace camino al andar”.

El derecho al trabajo en la legislación del Ecuador*

Gustavo Ortiz Hidalgo**
Universidad Técnica Particular de Loja

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Trabajo y condición humana / 3. El trabajo como derecho de las personas / 4. El trabajo como derecho constitucional / 5. Principios del derecho al trabajo en la Constitución / 6. El derecho al trabajo en la ley / 7. Colofón.

1. Introducción

La Constitución establece que el Ecuador “es un Estado constitucional de derechos y justicia”; precisa que uno de los deberes del Estado es garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales; además, reconoce al trabajo como un derecho humano y eleva al rango constitucional importantes normas jurídicas del ámbito laboral, que son vinculantes y de aplicación directa en el territorio ecuatoriano.

En este contexto, el artículo esboza las principales normas jurídicas que regulan el derecho al trabajo tanto a nivel constitucional como legal. Con este objetivo se analizarán los temas relacionados con la vinculación del trabajo y la condición humana, el trabajo como derecho de las personas, el trabajo como derecho constitucional, principios del derecho al trabajo en la Constitución ecuatoriana y el derecho al trabajo en la principal ley laboral del Ecuador.

2. Trabajo y condición humana

La capacidad de trabajar es una de las principales cualidades de los seres humanos; es decir, el trabajo es realizado por personas con plena conciencia

*Escrito académico para el I Congreso Internacional de Derecho Laboral, Fiscalización Laboral, Seguridad y Salud en el Trabajo & I Congreso Nacional de Derecho Laboral, Porcesal del Trabajo y Promoción del Empleo, organizado por Amachaq Escuela Jurídica desde el 27 al 29 de octubre del 2022.

**Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Técnica Particular de Loja (Ecuador). Docente titular de la Universidad Internacional del Ecuador, sede Loja. Docente invitado de la Universidad Técnica Particular de Loja.

de lo que están haciendo, a tal punto que podemos afirmar que el trabajo es una actividad exclusiva de las personas, que las dignifica y les permite mejorar sus condiciones de vida. “El trabajo es condición humana. Por medio de este, se busca asegurar las necesidades básicas, e incluso lograr una buena vida. Es una operación retribuida, resultado de la actividad humana; y también es conceptualizable como el esfuerzo humano aplicado a la producción de la riqueza”. (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017, p. 3).

En el ámbito económico, el trabajo es un factor determinante para la producción de bienes y servicios, la que solo es posible gracias a la interacción y participación de otros factores como la tierra, el capital, la empresa y la tecnología. “Los factores o recursos productivos (*inputs*) son los recursos empleados por las empresas o unidades económicas de producción para producir bienes y servicios. Los *inputs* se combinan con el fin de obtener los productos. Los productos (*outputs*) consisten en la amplia gama de bienes y servicios, cuyo objetivo es el consumo o su uso posterior en la producción”. (Mochón, F. y Becker, V. 2008, p. 2).

En este proceso, el trabajo “consiste en el esfuerzo muscular e intelectual de la población económicamente activa, y puede ser trabajo calificado si el trabajador ha recibido algún entrenamiento, y no calificado si el trabajador carece de entrenamiento”. (Castaño, R. y González, H. 2015, p. 13). Se dice que el trabajo es el factor de la producción que genera la riqueza y los beneficios que son aprovechados por el empresario o empleador; por ejemplo, Luis Cueva (2013) afirma que “la explotación laboral es la base de la riqueza del capitalista y entre estos dos polos (explotación laboral y riqueza) existe una relación directa: a mayor explotación mayor riqueza”. (p. 11). No obstante, este tipo de planteamientos son rechazados por quienes, reconociendo el aporte de los trabajadores, consideran que, sin la participación del empresario y su capital, la actividad productiva no sería posible.

3. El trabajo como derecho de las personas

El trabajo es un “derecho de las personas”. En este ámbito el Estado juega un papel determinante, pues su principal obligación es respetar y hacer respetar los derechos humanos. El derecho al trabajo es un derecho fundamental y esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Toda persona tiene derecho a trabajar para poder vivir con dignidad. (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017, p. 3).

Según Graciela Monesterolo (2015), el derecho al trabajo es la facultad de todo ser humano de exigir oportunidades de trabajo. Por lo que le corres-

ponde al Estado asegurar al trabajador el respeto a su dignidad, existencia decorosa y remuneración justa; así como propender a la eliminación de la desocupación y de la subocupación. En este sentido, el trabajador tiene derecho a reclamar de la sociedad y del Estado la adopción de medidas necesarias para procurar y mantener un empleo saludable, libremente escogido o aceptado, compatible con sus aptitudes y conocimientos. (p. 54).

La legislación ecuatoriana concibe al trabajo como “un derecho y un deber social”. Asdrúbal Granizo (2012) afirma que el trabajo así entendido es una construcción de los juristas mexicanos y cita a Mario de la Cueva, quien señala que la sociedad tiene derecho a esperar de sus miembros un trabajo útil y honesto, por lo que el trabajo es un deber; pero, el reverso, es la obligación que tiene la sociedad de crear condiciones sociales de vida que permitan a los hombres el desarrollo de sus actividades. (p. 40).

Estamos, entonces, en el ámbito del denominado “derecho al trabajo”, concebido como un valor universal; es decir, como un “derecho humano”. “La protección de la dignidad humana en relación con el trabajo ha sido un elemento permanente en el devenir de los derechos humanos”. (Belmont, 2017, p. 16).

Según Belmont (2017), los derechos humanos surgen de la necesidad de establecer condiciones elementales que aseguren la existencia y favorezcan el desarrollo de cada persona, los cuales encuentran sustento en la dignidad humana y son inherentes a ella. El trabajo humano se integra a las condiciones que permiten a cada persona desarrollar sus capacidades y potencialidades. La idea de dignidad en relación con el trabajo ha alcanzado un importante desarrollo vinculado al establecimiento de condiciones mínimas, es decir, justas y equitativas de trabajo y de trato. (p. 18-23).

4. El trabajo como derecho constitucional

La actual Constitución ecuatoriana se encuentra en vigor desde el año 2008. En su primer artículo, establece que el Ecuador “es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”. También reconoce que uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La norma suprema del Ecuador establece que “el trabajo es un derecho y un deber social”. Agrega que el trabajo es también “un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía”. Dispone luego que

el Estado “garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”.

“Las normas constitucionales proponen un cambio de paradigma en cuanto a la consideración del trabajo reconociendo su centralidad en la economía por sobre el capital y como su fin, el buen vivir. Con respecto a las Constituciones anteriores, el trabajo no solo es un derecho y un deber social, sino que además es fuente de realización personal y base de la economía”. (Porrás, 2009, p. 321).

El Art. 325 de la Constitución dispone: “El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores”.

Otra norma importante es aquella establecida en el Art. 327 de la Constitución, en donde dispone que la relación laboral será bilateral y directa. Agrega: “Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley”.

En la sección denominada “Formas de trabajo y su retribución se consideran regulaciones importantes como las siguientes:

- La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos. El Estado fijará y revisará anualmente el salario básico establecido en la ley, de aplicación general y obligatoria.
- El pago de remuneraciones se dará en los plazos convenidos y no podrá ser disminuido ni descontado, salvo con autorización expresa de la persona trabajadora y de acuerdo con la ley.
- Lo que el empleador deba a las trabajadoras y trabajadores, por cualquier concepto, constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios.

- Para el pago de indemnizaciones, la remuneración comprende todo lo que perciba la persona trabajadora en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que reciba por los trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios o cualquier otra retribución que tenga carácter normal. Se exceptuarán el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales y las remuneraciones adicionales.
- Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley. La ley fijará los límites de esa participación en las empresas de explotación de recursos no renovables. En las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria, no habrá pago de utilidades.
- Las jóvenes y los jóvenes tendrán el derecho de ser sujetos activos en la producción, así como en las labores de autosustento, cuidado familiar e iniciativas comunitarias.
- Para el cumplimiento del derecho al trabajo de las comunidades, pueblos y nacionalidades, el Estado adoptará medidas específicas a fin de eliminar discriminaciones que los afecten, reconocerá y apoyará sus formas de organización del trabajo, y garantizará el acceso al empleo en igualdad de condiciones.
- Se reconocerá y protegerá el trabajo autónomo y por cuenta propia realizado en espacios públicos, permitidos por la ley y otras regulaciones. Se prohíbe toda forma de confiscación de sus productos, materiales o herramientas de trabajo.
- Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar su actividad. Se prohíbe disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición.
- El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo.

- El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, maternidad, lactancia y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.
- Se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano que se realiza en los hogares. El Estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, e impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares.
- La protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar, conforme a las condiciones generales del sistema y la ley.

5. Principios del derecho al trabajo en la Constitución

Para Graciela Monesterolo (2015), los principios son “los fundamentos sistemáticos que sustentan el ordenamiento jurídico”. La jurista cita a Sabino Hernández, quien establece que los principios generales del derecho son líneas de acción que resultan de la conciencia de una sociedad y contexto determinados, que se van estructurando por la aceptación comunitaria a través del tiempo, por lo que llegan a ser el antecedente de nuevas normas y así resultan ser su fuente y punto de partida. Añade Hernández, que los principios son criterios que se adoptan frente a situaciones, ya sean presentes o futuras, constituyéndose en pautas o reglas de conducta humana. (p. 43).

Los principios del derecho al trabajo se han desarrollado para proteger, principalmente, a los trabajadores, quienes son considerados como la parte débil de las relaciones laborales. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los principios del derecho al trabajo no solo están contemplados en el Código del Trabajo, principal ley laboral, sino que han adquirido el rango de “principios constitucionales”.

El artículo 326 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que el derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

- El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.
- Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.

- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.
- A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración.
- Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.
- Toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tendrá derecho a ser reintegrada al trabajo y a mantener la relación laboral, de acuerdo con la ley.
- Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores.
- El Estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores, y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección.
- Para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización.
- Se adoptará el diálogo social para la solución de conflictos de trabajo y formulación de acuerdos.
- Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.
- Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.
- Se garantizará la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley.
- Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales

gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.

- Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.
- En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo.

6. El derecho al trabajo en la ley

El Código del Trabajo fue promulgado en 1938 y constituye el principal cuerpo normativo de la legislación laboral ecuatoriana. Dicho Código fue el resultado de dos factores importantes: a) La lucha social por conquistas mejores condiciones laborales de los trabajadores frente a los empleadores o empresarios capitalistas; y b) La evolución de un Estado que paulatinamente reconoce que el bienestar de la población es uno de sus fines y que, por lo tanto, le corresponde regular las relaciones laborales a través de los correspondientes instrumentos jurídicos.

A partir de la promulgación del Código del Trabajo se producen una serie de reformas para incorporar las nuevas conquistas y derechos que los trabajadores fueron adquiriendo, por lo que este cuerpo normativo “ha requerido de varias codificaciones para incorporar de manera paulatina todas las reformas a las leyes vigentes o bien nuevas leyes laborales, por lo que fueron necesarias sucesivas codificaciones posteriores a la de 1938; así pues la segunda data de 1960, la tercera de 1971, de 1978 la cuarta, de 1997 la quinta, y la de 2005 actualmente en vigencia, que resulta ser la sexta, a la que le siguieron una serie de reformas, aún no codificadas”. (Monesterolo, 2015, p. 36).

El Código del Trabajo contiene un Título Preliminar denominado “Disposiciones fundamentales”, en las que, principalmente, se describe el ámbito del Código del Trabajo y algunos de los denominados principios del derecho al trabajo.

En su artículo 1, el Código del Trabajo señala su ámbito y precisa que sus preceptos regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores y se aplican a las diversas modalidades y condiciones de trabajo. Agrega que las normas relativas al trabajo contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador, serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren.

A continuación, el Código del Trabajo establece que el trabajo es un derecho y un deber social; además, que es obligatorio, en la forma y con las limitaciones prescritas en la Constitución y las leyes.

En relación con caracterizar al trabajo como “un derecho y un deber social”, ya señalamos que, según Asdrúbal Granizo (2012), es una construcción de los juristas mexicanos, para quienes la sociedad tiene derecho a esperar de sus miembros un trabajo útil y honesto, por lo que el trabajo es un deber; pero, el reverso, es la obligación que tiene la sociedad de crear condiciones sociales de vida que permitan a los hombres el desarrollo de sus actividades. (p. 40).

Luego, el Código del Trabajo hace referencia al principio de la libertad de trabajo y contratación, señalando que el trabajador es libre para dedicar su esfuerzo a la labor lícita que a bien tenga; además, que ninguna persona podrá ser obligada a realizar trabajos gratuitos, ni remunerados que no sean impuestos por la ley, salvo los casos de urgencia extraordinaria o de necesidad de inmediato auxilio. Fuera de esos casos, nadie estará obligado a trabajar sino mediante un contrato y la remuneración correspondiente. Reitera que, en general, todo trabajo debe ser remunerado.

Asdrúbal Granizo (2012) cita a Mario de la Cueva, quien considera que a partir de la “Declaración de derechos” de la Constitución francesa de 1793, el mundo habla de la libertad del trabajo como uno de los derechos del hombre. Nos encontramos frente a un primer aspecto de la libertad, que significa que cada hombre es libre para escoger el trabajo que le acomode, esto es, puede seleccionar la profesión que le plazca por corresponder a sus actitudes, a sus gustos o a sus aspiraciones, una libertad que posteriormente se objetivará en una actividad concreta: ebanistería, mecánica, medicina, arquitectura, etc. (p. 37).

Otro de los principios del derecho al trabajo que señala el Código en estudio es el de la irrenunciabilidad de derechos; es decir, que los derechos del trabajador son irrenunciables y que será nula toda estipulación en contrario. “El carácter tuitivo (protector) del Derecho del Trabajo no consiste en materia de renunciabilidad, solo en prohibir al trabajador renunciar determinados derechos que la Ley concede sino en declarar nulos tales actos de

renuncia, por estimar materias de orden público y social a los beneficios y garantías que con carácter de mínimos la Ley otorga a las y los trabajadores”. (Granizo, 2012, p. 37).

También se destaca es el principio denominado “in dubio pro operario” o de aplicación favorable al trabajador. Dicho principio establece que, en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores. Según Graciela Monesterolo (2015), a este principio también se le conoce como “de favor” o simplemente como principio protectorio, y es el que le da la especificidad al Derecho del Trabajo, puesto que dar una garantía especial ha sido precisamente la razón para independizar las relaciones laborales de las reguladas por el Derecho Común. Este principio no se limita solamente a la aplicación de las normas oscuras, sino también a condiciones de trabajo en general; es decir, se expresa a través de las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa. (p. 45).

7. Colofón

El trabajo es propio de las personas, las dignifica y les permite aportar a la sociedad, generando, paralelamente, los ingresos necesarios para cubrir sus necesidades básicas y mejorar sus condiciones. La importancia del factor trabajo ha permitido que se lo reconozca como un derecho humano (derecho facultad) protegido por el ordenamiento jurídico (derecho norma), que le otorga al Estado la obligación de respetar y hacer respetar ese derecho. Así lo establece la Constitución de la República del Ecuador y el Código del Trabajo, principal cuerpo normativo ecuatoriano que regula las relaciones laborales.

La legislación ecuatoriana recoge los avances doctrinarios en materia laboral y concibe al trabajo como “un derecho y un deber social”; es decir, la sociedad demanda de las personas su trabajo lícito y, por medio del Estado y el ordenamiento jurídico, les garantiza sus derechos en el marco de las relaciones laborales que se establecen con los empleadores. El Ecuador no solo reconoce en su Constitución que el trabajo es un derecho de las personas, sino que ha establecido disposiciones constitucionales con carácter vinculante y de aplicación directa para garantizar este derecho.

8. Referencias bibliográficas

Asamblea Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi, Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008

Belmont, L., Quintana, C., Sánchez, A. et. al. (2017). Los derechos humanos laborales. México: CNDH.

Castaño, R. y González, H. (2011). Ideas económicas mínimas. Medellín, Colombia: ECOE EDICIONES.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). Compendio sobre derechos laborales y sindicales. Estándares interamericanos. CIDH-OEA

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2017). Derecho humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo. México: CNDH.

Congreso Nacional. (2005). Código del Trabajo. Codificación 17. Quito, Ecuador. Registro Oficial Suplemento 167 de 16-dic.-2005.

Cueva, L. (2013). El juicio oral laboral: teoría, práctica y jurisprudencia. Quito, Ecuador: Ediciones Cueva Carrión.

Granizo, A. (2012). Código laboral comentado. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.

Mochón, F. y Becker, V. (2008). Economía, principios y obligaciones. México: McGRAW-HILL EDITORES.

Monesterolo, G. (2015). Curso de derecho laboral ecuatoriano. Loja, Ecuador: EDILOJA Cía. Ltda.

Porras, A. et. al. (2009). ¿Estado constitucional de derechos? Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.