

“Comentarios al anteproyecto del Código de Trabajo 2022”

CONTENIDO

PANORAMA GENERAL DEL ANTEPROYECTO

- **LUIS VINATEA:** El anteproyecto del Código de Trabajo.
- **ADOLFO CIUDAD:** Una aproximación general al anteproyecto del Código de Trabajo.

CONTRATACIÓN LABORAL DIRECTA

- **LILIANA TSUBOYAMA:** Contratación determinada, tiempo parcial y teletrabajo.
- **PAUL CAVALIÉ:** Los contratos temporales revisitados: su regulación normativa en el anteproyecto del Código de Trabajo.

PACTOS TÍPICOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

- **ISABEL HERRERA:** Pactos típicos: la interacción de la buena fe y la libertad de trabajo.
- **DANIEL ULLOA:** Pactos del contrato de trabajo previstos en el anteproyecto del Código de Trabajo.

REMUNERACIÓN Y BENEFICIOS

- **ANNA VILELA:** Remuneraciones y Beneficios Laborales en el anteproyecto del Código de Trabajo.
- **JAVIER ESPINOZA:** La remuneración y los beneficios sociales en el anteproyecto del Código de Trabajo.

PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

- **VÍCTOR FERRO:** El anteproyecto del Código de Trabajo en materia de estabilidad laboral.
- **OMAR TOLEDO:** La protección del empleo ante el despido en el anteproyecto del Código de Trabajo.

JORNADA DE TRABAJO, SOBRETIENTO Y DESCANSOS

- **MAURICIO MATOS:** Jornada de trabajo, sobretiempos y descansos en el anteproyecto de Código de Trabajo.
- **BETTY EGÚSQUIZA:** Jornada de Trabajo, Sobretiempos y Descansos Remunerados.

EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

- **CECILIA GUZMÁN-BARRÓN:** La extinción de la relación laboral sin voluntad de las partes.
- **MANUEL DE LAMA:** Las causas de extinción del contrato laboral en el anteproyecto del Código de Trabajo: énfasis puesto en las causales con intervención de la voluntad de las partes.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

- **LIDIA VILCHEZ:** Principales preocupaciones en torno a la propuesta de regulación de la negociación colectiva y el arbitraje en el marco del anteproyecto del Código de Trabajo.
- **MARTÍN CARRILLO:** El arbitraje como etapa complementaria y final de la negociación colectiva.

HUELGA

- **CÉSAR GONZÁLES:** El derecho a huelga en el anteproyecto del Código de Trabajo.
- **ANA CECILIA CRISANTO:** Comentarios preliminares sobre el derecho de huelga en el proyecto peruano de Código de Trabajo.

LIBERTAD SINDICAL

- **MARIO PASCO:** Derecho a la sindicalización, libertad sindical y otros temas.

CONTRATACIÓN CON INTERVENCIÓN DE TERCEROS

- **RICARDO HERRERA:** La descentralización productiva en el anteproyecto del Código de Trabajo.



COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO 2022

Compiladora: Mónica Pizarro Díaz

Primera edición digital, mayo 2024

Publicación digital disponible en:

<https://www.spdtss.org.pe/miscelanea/comentarios-al-anteproyecto-del-codigo-de-trabajo-2022/>

Copyright 2024

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez

Edición a cargo de:

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024
Av. Dos de mayo 516 Dpto. 201, Miraflores, Lima, Perú

ISBN

: 978-612-5049-11-5

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º

: 2024-05272

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita de los autores, quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

INTRODUCCIÓN

La Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), en ocasión de la presentación del anteproyecto del Código de Trabajo por parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), llevó a cabo un ciclo de conferencias entre junio y agosto de 2022 en el que algunos de sus asociados expusieron sus comentarios con relación al texto publicado.

La presente publicación recoge un resumen de las ponencias expuestas en dicha actividad, que constó de un total de 11 encuentros para discutir los temas más resaltantes del proyecto.

ÍNDICE GENERAL

Introducción	3
--------------------	---

PANORAMA GENERAL DEL ANTEPROYECTO 14/06/2022

Luis Vinatea Recoba: El anteproyecto del Código de Trabajo.....	13
Significado de la propuesta.....	14
Línea base y principales cambios.....	15
Reflexiones finales	17
Adolfo Ciudad Reynaud: Una aproximación general al anteproyecto del Código de Trabajo.....	19

CONTRATACIÓN LABORAL DIRECTA 21/06/2022

Liliana Tsuboyama Shiohama: Contratación determinada, tiempo parcial y teletrabajo.....	29
Contratación determinada.....	30
Otros tipos de contratación.....	31
Contratos a tiempo parcial.....	32
Teletrabajo	32
Paul Cavalíe: Los contratos temporales revisitados: su regulación normativa en el anteproyecto del Código de Trabajo.....	35
Introducción	35
1. ¿Cómo se vienen empleando estos contratos temporales?	36
2. ¿Cuál es el ordenamiento jurídico y legal de la contratación laboral en el Perú?.....	37

3.	Datos sobre el mercado del empleo y efectos de la contratación temporal	39
4.	El debate sobre las causas y los efectos críticos de la prevalencia de la contratación temporal	42
5.	Las inconsistencias del diseño legal de las modalidades contractuales con la causalidad exigida	44
6.	Análisis de las propuestas modificatorias del ACT	47
6.1.	El contrato por inicio o incremento de actividad y la propuesta de su modificación	47
	Propuesta modificatoria del ACT	49
6.2.	El contrato por reconversión empresarial: su propuesta de eliminación	50
6.3.	El contrato de emergencia: su propuesta de supresión.....	51
6.4.	El contrato por necesidades coyunturales del mercado y la propuesta de su modificación.....	53
	Propuesta modificatoria del ACT	54
6.5.	El contrato ocasional y la propuesta de su modificación	56
6.6.	El contrato de suplencia y la propuesta de su modificación...	58
6.7.	El contrato de obra o de servicio específico y la propuesta de su modificación	60
	Propuesta modificatoria del ACT	64
7.	El contrato temporal "innominado" (suprimido) y el contrato "expresamente autorizado por ley" (incorporado)	65
8.	El límite temporal general de los contratos modales y el lapso de prohibición de la contratación temporal de un ex trabajador permanente cesado por el mismo empleador, previstos en el ACT	67
	Anexo.....	69

6

PACTOS TÍPICOS DEL CONTRATO DE TRABAJO 23/06/2022

Isabel Herrera Gonzales Pratto: Pactos típicos: la interacción de la buena fe y la libertad de trabajo	73
1. La buena fe laboral	73
2. La libertad de trabajo	75
3. El período de prueba.....	77
4. El pacto de remuneración integral anual.....	77
5. Exclusividad	78
6. Permanencia.....	79

7. Pactos de no competencia post contractual	79
Daniel Ulloa Millares: Pactos del contrato de trabajo previstos en el anteproyecto del Código de Trabajo.....	81
Exclusividad y permanencia.....	81
Período de prueba	84
Faltas graves	85
Conclusiones.....	85
Comentarios de cierre	86

REMUNERACIÓN Y BENEFICIOS 28/06/2022

Anna Vilela Espinosa: Remuneraciones y beneficios laborales. Tratamiento en el Anteproyecto del Código del Trabajo.....	91
Javier H. Espinoza Escobar: La remuneración y los beneficios sociales en el anteproyecto del Código de Trabajo.....	103
La remuneración	104
Los principios del ordenamiento laboral aplicables a la remuneración.....	105
Regulación específica sobre remuneración y beneficios sociales.....	107
Comentarios de cierre	115

PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO 05/07/2022

Victor Ferro Delgado: El anteproyecto del Código de Trabajo en materia de estabilidad laboral	119
Omar Toledo Toribio: La protección del empleo ante el despido en el anteproyecto del Código de Trabajo.....	127

JORNADA DE TRABAJO, SOBRETIEMPO Y DESCANSOS 07/07/2022

Mauricio Matos Zegarra: Jornada de trabajo, sobretiempos y descansos en el anteproyecto de Código de Trabajo	133
Facultades del empleador	135

Refrigerio, trabajo nocturno, registro de jornada y sobretiempos.....	136
Sobretiempo.....	137
Descanso semanal	139
Comentarios de cierre	139
Betty Egúsqiza Palacín: Jornada de Trabajo, sobretiempo y descansos	
Remunerados.....	141
I. Jornada de trabajo.....	141
1. Definición de jornada de trabajo	141
2. Trabajos complementarios	142
3. Refrigerio.....	143
II. Sobretiempos y sobretasas.....	144
1. Trabajo nocturno.....	144
2. Sobretasa del 100%	144
3. Compensación de horas no laboradas con trabajo en sobretiempo .	145
III. Descansos remunerados	145
1. Autorización tácita	145
2. Días computables para el pago del descanso semanal obligatorio	146
3. Trabajo en día feriado y día laborable	146
4. Remuneración vacacional	146
IV. Comentario final.....	147

EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL 14/07/2022

Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger: La extinción de la relación laboral sin voluntad de las partes	151
Causales no volitivas o sin voluntad de extinción	152
La nueva invalidez.....	154
Comentarios de cierre	156
Manuel De Lama Laura: Las causas de extinción del contrato laboral en el anteproyecto del Código de Trabajo: énfasis puesto en las causales con intervención de la voluntad de las partes.....	
1. Causa relacionada con la participación de la voluntad unilateral del trabajador: la renuncia.....	160
2. Causas relacionadas con la participación de la voluntad de ambas partes: el acuerdo extintivo y la extinción de los contratos de duración determinada.....	161

NEGOCIACIÓN COLECTIVA 19/07/2022

Lidia Vilchez Garcés: Principales preocupaciones en torno a la propuesta de regulación de la negociación colectiva y el arbitraje en el marco del anteproyecto del Código de Trabajo.....	167
Introducción	167
I. Principales modificaciones del ACT en materia de negociación colectiva..	168
1. Determinación del nivel de negociación	168
2. Entrega de información.....	170
3. Representatividad de los sindicatos minoritarios	171
4. Arbitraje potestativo.....	172
5. Reflexiones finales	173
Martín Carrillo Calle: El arbitraje como etapa complementaria y final de la negociación colectiva.....	175
Comentarios de cierre	181

HUELGA 21/07/2022

César Gonzáles Hunt: El derecho a huelga en el anteproyecto del Código de Trabajo.....	185
Comentarios de cierre	189
Ana Cecilia Crisanto Castañeda: Comentarios preliminares sobre el derecho de huelga en el proyecto peruano de Código de Trabajo	191
I. Introducción	191
II. Regulación de los servicios mínimos y servicios esenciales en el Proyecto de CT	192
III. Principales novedades y comentarios finales.....	195

LIBERTAD SINDICAL 02/08/2022

Mario Pasco Lizárraga: Derecho a la sindicalización, libertad sindical y otros temas	201
Propuestas de Modificación a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo ..	203

CONTRATACIÓN CON INTERVENCIÓN DE TERCEROS 04/08/2022

Ricardo Herrera Vasquez: La descentralización productiva en el anteproyecto del Código de Trabajo.....	215
Ámbito de Aplicación.....	217
Intermediación y tercerización laboral.....	220

**PANORAMA GENERAL DEL
ANTEPROYECTO
14/06/2022**

EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO¹

LUIS VINATEA RECOBA²

El entorno en cual se propone el anteproyecto del Código de Trabajo, en términos de coherencia entre una oferta política de gobierno y el contenido de la Agenda 19, se produce como un ofrecimiento o acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y las organizaciones sindicales. Sin ser objeto de ningún consenso, los trabajadores plantearon una serie de propuestas recogidas en la Agenda 19, luego adoptadas por el Poder Ejecutivo. Por ende, no se trata de una propuesta política de gobierno, sino de un planteamiento de una gestión del Ministerio.

Existe la necesidad de que el diálogo social se convierta en el eje principal de la concreción de una propuesta normativa. En este país, la vocación por la actividad heterónoma ha sido la característica de los gobiernos y probablemente se asuma a partir de esta vocación que es la única forma de solucionar los problemas laborales y de implementar regulaciones en la materia. Lo único que demuestra esto en definitiva es que los modelos heterónomos y normalmente impuestos terminan siendo pocos estables.

1 El presente artículo es una síntesis de la ponencia realizada por el autor durante el ciclo de conferencias “El Anteproyecto del Código de Trabajo bajo análisis”, celebrado entre los meses de junio y agosto de 2022. El expositor no ha revisado ni realizado correcciones sobre la versión escrita de su presentación en formato oral.

2 Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con un MBA de la Escuela de Dirección de la Universidad de Piura. MA en Relaciones Internacionales en The Fletcher School of Law and Diplomacy. Desde 1991 profesor universitario. Su trabajo profesional combina abogacía, docencia, dirección y asesoría estratégica, hoy volcadas al desarrollo de Vinatea & Toyama.

En este sentido, las iniciativas propuestas por el Ministerio de Trabajo han sido impuestas, incluso este anteproyecto de Código de Trabajo en su génesis no ha sido participativo. Por eso, corresponde saludar la idea de que las reformas laborales y la vocación de permanencia de las normas esté sustentada en el diálogo, mas no en iniciativas unilaterales. Tómese como ejemplo las propuestas unilaterales o impuestas de regulación a la tercerización, la remuneración mínima vital y el propio anteproyecto del Código de Trabajo, en el último caso por el Ministerio.

Estas precisiones anteceden a lo que hoy ocurre desde el punto de vista de la actividad regulatoria. A la fecha de realización de este evento, existían 133 proyectos, entre iniciativas de ley y normas reglamentarias, que tienen que ver con la materia laboral y pensionaria, además de haber en el Congreso una efervescencia básicamente centrada en las comisiones de Trabajo que buscan de una u otra manera intervenir en el sistema de relaciones laborales. Algunos de estos proyectos son reiterativos o se cruzan entre sí y apuntan a mejorar las relaciones colectivas de trabajo, integrándose un marco de propuestas regulatorias en todas las áreas del empleo.

14

SIGNIFICADO DE LA PROPUESTA

La situación descrita conforma una actividad desordenada, que en principio es absolutamente disfuncional, con la excepción del anteproyecto de Código de Trabajo como única pieza de vocación integradora - a pesar de su origen autoritario. No obstante, cabe destacar algunas ideas presentes en la redacción de este anteproyecto:

- No es una compilación de normas como originalmente señalara el Director General de Trabajo.
- Conformar un intento de reforma, quizás el más radical y general de todos.
- Llegó en un momento de mucha inestabilidad política y de descontento social que más bien invita a reflexionar acerca de la oportunidad, independientemente de si se está de acuerdo o no con llevar a cabo esta discusión.
- Está centrado en un universo de personas muy distinto al que Perú tiene e impera en otros países, con la informalidad alcanzando niveles del 80%.

- Busca regular las relaciones laborales del 20% restante, en lugar de centrarse en el grupo mayoritario que debiera recibir la mayor atención.
- No regula la situación de las Micro y Pequeñas Empresas (MYPEs).

LÍNEA BASE Y PRINCIPALES CAMBIOS

Algunas de las reflexiones sobre la propuesta de este anteproyecto surgen a partir de la necesidad de construir una línea regulatoria de base para el empleo en el Perú, considerando que las regulaciones vigentes y la iniciativa presentada son muy rígidas. El país hoy en día ocupa un nivel ocho dentro de un criterio comparativo de rigidez internacional, que de concretarse la iniciativa como fue diseñada por el Ministerio de Trabajo probablemente se incrementaría.

Hay una serie de ideas planteadas en el anteproyecto de forma tal que se profundizaría el nivel de rigidez que ya tiene la normativa nacional:

- En materia de contratación temporal reduce el número de figuras contractuales e incluye algunas formalidades innecesarias.
- En lo relacionado a contratos de tiempo parcial, quedan directamente eliminados.
- Prohíbe la tercerización para actividades nucleares (hoy regulada por un decreto supremo sin diálogo social previo a su publicación).
- Incrementa el acceso de los trabajadores a las utilidades de las empresas.
- En materia de grupos económicos genera una presunción de laboralidad y establece una serie de formalidades para la contratación de gerentes generales, al mismo tiempo que desaparece la figura de los trabajadores de confianza.

Así el marco se vuelve más rígido en comparación al que actualmente tiene el país. Incluso hay un aumento sin tope a las indemnizaciones por despido o actos de hostilidad y se crean más requisitos para la aplicación de ceses colectivos. Hay que llamar la atención aquí sobre un punto significativo del proyecto: el sistema de relaciones laborales actuales en materia individual ya es lo suficientemente rígido como para restringir además las válvulas de escape que tiene. Normalmente los sistemas, más allá de que se puedan regular de una manera

muy dura en términos individuales, suelen tener como acompañamiento una facilitación o al menos una flexibilización para usar el cese colectivo.

El esquema plantea dificultar tanto la figura de la salida o despido individual, como la del cese colectivo, reducir la contratación de carácter temporal y además limitar la tercerización o la utilización de empresas contratistas. El efecto final es una suerte de construcción poco flexible de todo el sistema de contratación laboral, lo que viene acompañado por una actividad regulatoria en aumento producto de los cambios en materia colectiva.

En referencia a la cuestión individual, las condiciones de trabajo también se hacen menos flexibles porque finalmente se limitan los supuestos de movilización geográfica y movilización vertical, y se regulan los incrementos de remuneraciones para los trabajadores que tienen distintos niveles o categorías. Una serie de restricciones que dificultan no sólo la organización y la vinculación de la empresa con otras, sino directamente la propia gestión.

Al final lo que la propuesta normativa está incorporando es una figura de consolidación y de endurecimiento de las reglas de contratación y de gestión de las relaciones de trabajo. Como consecuencia, el grupo de trabajadores dentro del ámbito de aplicación de estas normas consolidaría una suerte de grupo sobreprotegido, contrariamente al caso de los trabajadores del sector informal.

Por lo tanto, la idea de que se amplifique la protección de la negociación colectiva y de la actividad sindical (aspecto positivo a destacar del texto) surge en paralelo a un régimen rígido para la contratación directa individual. Esto presupone que el sistema de relaciones laborales individual se paraliza y se somete a una normativa más intensa que actúa de forma complementaria a la legislación estatal.

La preocupación resultante de la propuesta de anteproyecto, que el Ministerio de Trabajo quiso imponer, está en que se crea un régimen todavía más rígido acompañado de una actividad regulatoria de carácter colectivo mucho más amplia. Esto último no está mal, no generaría ningún daño al sistema y hasta lo favorecería, pero acompañado de un régimen individual excesivo puede traer problemas.

REFLEXIONES FINALES

Dicho esto, existen algunas alternativas a lo sugerido que deben considerarse:

1. El sistema tal y como está planteado en esta propuesta normativa terminaría convirtiéndose en un sistema sumamente rígido y, por lo tanto, muy costoso.
2. En segundo lugar, la propuesta - de concretarse - generaría una limitada capacidad para la organización productiva y una difícil gestión de las relaciones de la empresa con otras organizaciones. Al limitarse la tercerización se le restaría flexibilidad a un sistema que perfectamente puede funcionar sin necesidad de imponer restricciones a derechos constitucionales.
3. Además, la imposición de cargas y autorizaciones para disponer traslados de personas o incluso otorgar ascensos complejiza las posibilidades de gestión laboral de la propia organización y agrega costos no necesariamente beneficiosos para las partes.
4. Finalmente, en un contexto de plena rigidez, se propone una ampliación de la exposición regulatoria, es decir, los sujetos sociales no solamente se regularán por el Estado de forma rígida, sino que además se verán expuestos a una regulación colectiva negociada.

Estos efectos de la propuesta que ha hecho el Ministerio de Trabajo son justamente lo que se debe atenuar a través del diálogo social, como la mejor manera de encontrar el punto exacto de la regulación que le interesa a un sistema como el peruano. Cabe recordar además que el proyecto contempla como ámbito de aplicación a un porcentaje muy reducido de trabajadores y no es viable cumplir con el objetivo de aplicar este sistema a la mayor cantidad de personas sin discusión previa, como lo quiso hacer el ministerio. Para entregar más beneficios es requisito encontrar la manera de que estos lleguen a más personas, es decir, que el ámbito de protección del derecho del trabajo se haga efectivo y no privilegie al sector formal.

La idea de equilibrio a alcanzar a través del diálogo social es una que debe utilizarse instrumentalmente como vía de acceso a un estándar de competitividad adecuado, acompañado de protección social para todos y no solamente para el sector formal. El propósito es llegar a ser un país con un mayor grado de protección social, lo que implica hacer esfuerzos para:

1. Tener un diálogo social serio, verdaderamente efectivo y participativo.
2. Asignar a los funcionarios con la mejor capacitación para lograr su cometido.
3. Apuntar las propuestas normativas a un mayor estándar de formalización, que permita mayores niveles de productividad y acceso a beneficios para los trabajadores.
4. Repensar el modelo de la protección social, para que el sistema de relaciones laborales y empleo formal tenga alternativas de acceso a esa protección, independientemente de la existencia de un contrato de trabajo.
5. Acercar así a un estándar de protección mayor al sector informal.

UNA APROXIMACIÓN GENERAL AL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO

ADOLFO CIUDAD REYNAUD¹

El anteproyecto de Código de Trabajo publicado por el Ministerio de Trabajo en mayo de 2022 abre un espacio para la reflexión y para repensar el papel que debe cumplir el modelo de relaciones de trabajo en el contexto de una democracia y de un estado constitucional de derecho.

En ese sentido, debe tenerse presente que la existencia de organizaciones sociales intermedias es indispensable para que la democracia se ejerza en forma participativa, razón por la cual el diálogo social debe ser el eje fundamental en torno al cual gire el modelo de relaciones de trabajo. El diálogo social debe constituirse en el vehículo a través del cual el gobierno, las instituciones estatales y las empresas ejerzan su poder directriz democráticamente.

Hay que tener en consideración que los derechos sindicales de los trabajadores y los derechos de asociación de los empleadores sólo pueden ejercerse con normalidad dentro de un clima de respeto de los derechos fundamentales. Por esta razón, el sistema democrático es fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales y para que un movimiento sindical realmente libre e independiente se desarrolle en un clima de respeto de los derechos fundamentales. En consecuencia, la democracia, así como su afianzamiento, implica que necesariamente tenga su expresión en el mundo de la producción y del trabajo. De esta manera la actitud de un Estado realmente pluralista debe diferenciarse radicalmente de los Estados que caracterizan su gestión laboral en la permanente ausencia de

1 Abogado y Magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú, estudios en la Universidad Autónoma de Madrid, profesor de pregrado y posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Especialista Principal en Legislación Laboral y Administración del Trabajo de la OIT. Ex Asesor Principal de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República. Ex Inspector de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Ex Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Directivo de la Asociación de Laboralistas Peruanos. Fue distinguido con la condecoración de la Orden del Trabajo por el Estado peruano.

mecanismos de diálogo social. Los Estados y modelos de relaciones laborales no democráticos protagonizan hábitos y costumbres autoritarias y de imposición, en oposición a esquemas pluralistas de autocomposición y compromiso, como es nuestro caso.

En ese sentido, la concertación y el consenso en el terreno laboral nos va a permitir fortalecer la democracia y el modelo de relaciones de trabajo se puede convertir en un instrumento a través del cual se democratizan estructuras, instituciones y procedimientos de las relaciones de trabajo. En síntesis, debemos ser demócratas en las relaciones de trabajo y no sólo demócratas en la política pero autoritarios en lo laboral. Por esto enfatizamos la idea de que la democracia para ser auténtica debe llegar al mundo del trabajo, y viceversa, sólo la democracia nos permite la plena vigencia de los derechos laborales. En consecuencia, la democracia para ser auténtica debe llegar a la empresa y a la administración pública, que son los dos ejes a través de los cuales se crea el empleo.

Entonces, si bien el anteproyecto de código de trabajo nos invita a evaluar el modelo en su conjunto, hay que señalar que por su estructura y los temas que regula, sólo se limita a las relaciones individuales y colectivas. Se nota la ausencia de la seguridad y salud en el trabajo (aprobada por la OIT como quinto principio y derecho fundamental en el trabajo) y de los mecanismos de supervisión del cumplimiento de la legislación laboral: la inspección del trabajo y la justicia laboral. No bastan normas sustantivas sino también procesales administrativas y judiciales.

De otra parte, no podemos dejar de tener en cuenta que el actual contexto laboral en el que nos encontramos, proviene del gobierno dictatorial de los 90, que impuso un modelo antidemocrático de relaciones de trabajo que se concretó en la reforma laboral del 92 que amplió el poder contractual del empleador y restringió los derechos colectivos de sindicalización, negociación colectiva y huelga.

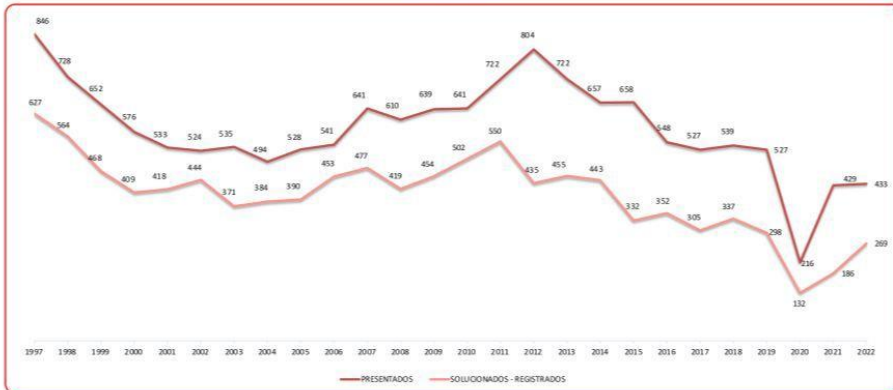
A los gobiernos democráticos a partir del año 2001 les hubiera correspondido realizar cambios sustanciales de este modelo, pero no lo hicieron, y con escasas excepciones se ha mantenido inalterable el modelo antidemocrático y autoritario de relaciones de trabajo que tenemos hasta hoy. Este modelo se caracterizó, como sostuvo Óscar Ermida en su momento, por la destrucción deliberada de lo colectivo, por eliminar la libertad sindical y la negociación colectiva con el ánimo de provocar la total individualización de las relaciones de trabajo. Fue

un modelo antisindical en esencia. Por esto, la nueva legislación laboral debería remover estos obstáculos que impiden el diálogo, el pleno ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva. Además, las modificaciones deberían asegurar el poner en conformidad a la legislación peruana con los convenios de la OIT y los pronunciamientos de sus órganos de control.

En consecuencia, los lineamientos de una reforma laboral democrática deberían ser: el trabajo decente, el diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva, seguridad y salud en el trabajo, así como el fortalecimiento de la inspección del trabajo y la justicia laboral. Estas dos últimas son auténticas herramientas de supervisión del cumplimiento de la legislación del trabajo, sin las cuales las normas sustantivas no están garantizadas. Hay que superar el modelo antidemocrático de relaciones de trabajo de los 90 que impuso sin diálogo ni consulta previa, el despido libre a cambio de una indemnización, que se modificó en el 2002, no por una decisión política del Congreso, sino por decisión del Tribunal Constitucional. Se estableció también la contratación temporal irrestricta, que ocasiona que actualmente más del 70% de los trabajadores formales inscritos en planilla, estén laborando con contratos temporales, lo que les impide adquirir estabilidad en el trabajo ni ejercer sus derechos colectivos para la mejora de sus condiciones de vida y de trabajo. Se negó a los sindicatos legitimación activa para defender al grupo o categoría de trabajadores en la Ley Procesal del Trabajo de 96. Se estableció también la caducidad automática del convenio colectivo que luego se modificó en el 2001 por el Congreso de la República cuando se levantaron 12 de las 16 observaciones de la OIT, en la modificación más importante de la legislación laboral efectuada por este poder del Estado.

Todo ello ocasionó una baja de la tasa de sindicalización del 22% en 1988, al 2% seis años después de la reforma, en 1998. Ahora se sitúa en menos del 5% en el sector privado. Esta política antisindical ocasionó también la reducción del número de convenios colectivos: de 2,800 en el año 1988 a 298 en el 2019, según el Anuario Estadístico del Ministerio de Trabajo. En consecuencia, el modelo antisindical fue un éxito para los empresarios y sus asesores legales que lo diseñaron, porque logró bajar la tasa de sindicalización a mínimos históricos, así como reducir la negociación colectiva a menos del 12% de lo que ya se tenía tres décadas atrás, cuando el tamaño de la economía era 10 veces menor.

PERÚ
GRÁFICO N° 06
PLIEGOS DE RECLAMOS PRESENTADOS Y CONVENIOS COLECTIVOS SOLUCIONADOS - REGISTRADOS POR AÑO
1997 - 22



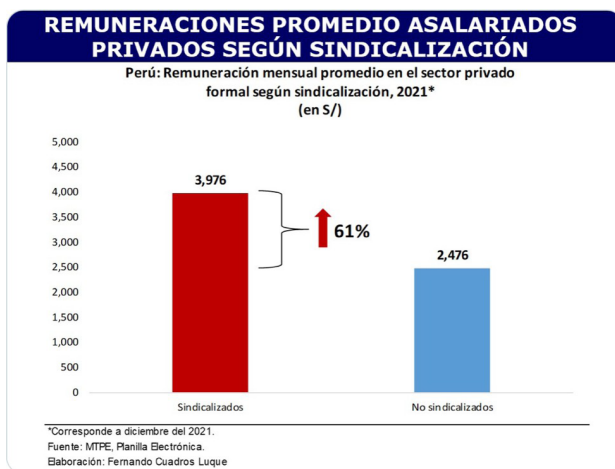
FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO - MTPE
Direcciones y Gerencias Regionales / Zonas de Trabajo y Promoción del Empleo
ELABORACIÓN: MTPE - OGETIC - OFICINA DE ESTADÍSTICA

Los efectos de la masiva contratación temporal se advierten de los datos estadísticos que nos señalan que el ingreso laboral promedio de la PEA ocupada por contratos temporales es casi mitad de los ingresos de aquellos que tienen contratos a plazo indefinido (S/. 1,600 versus S/. 2,600). De igual forma ocurre con los trabajadores subcontratados y tercerizados que perciben un sueldo notoriamente inferior al de los demás trabajadores, no perciben utilidades, no pueden sindicalizarse en el sindicato de la empresa principal, no gozan de los beneficios del convenio colectivo y están contratados por lo general temporalmente. Se ha producido una fragmentación de los centros de trabajo y unidades productivas con el objeto de pagar menores remuneraciones a los trabajadores que laboran en los centros de trabajo de la empresa principal, pero formalmente para otro empleador.

Modalidad	Ingreso
Plazo indeterminado	s/. 2,659
Plazo Fijo	s/. 1,651
Locación de servicios	s/. 1,652
Sin contrato	s/. 889

Fuente: Fernando Cuadros Luque, INEI y MTPE.

Si bien la subcontratación es tan sólo de 9.1% a nivel nacional, en la minería que es uno de los sectores estratégicos de nuestra economía, la subcontratación alcanza el 70%. Las remuneraciones reales de estos trabajadores subcontratados son inferiores a las remuneraciones de los trabajadores de la empresa principal en 88% en la tercerización y de 63% en la intermediación.



La diferencia del nivel de remuneraciones, según el trabajador esté sindicalizado o no, queda evidenciado del cuadro siguiente en el que se percibe que la remuneración mensual promedio en el sector privado, según esté sindicalizado o no, es de 61% más cuando está sindicalizado, en la medida que puede ejercer

el derecho de sindicalización y negociar colectivamente sus remuneraciones a través del diálogo.

Todo ello a pesar que como país tenemos la obligación de fomento de la negociación colectiva y de la libertad sindical, desde la Declaración de Filadelfia, la ratificación de los Convenios 87 y 98 hace 45 años, de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT de 1998, así como del propio artículo 28 de la Constitución Política. Además, del derecho de igualdad de los ciudadanos ante la ley, previsto en el artículo 2, numeral 2 de la carta fundamental.

Esta situación ha ocasionado un estancamiento de las remuneraciones reales de los trabajadores, en la medida que cambió la distribución de la riqueza generada anualmente entre los agentes de la economía, es decir, se incrementaron las utilidades de las empresas y disminuyó la participación de las remuneraciones de los trabajadores. En el periodo 1991 a 2012 los empleadores incrementaron su participación en el ingreso nacional del 52% al 63% mientras que la participación de las remuneraciones de los trabajadores bajó del 30 al 21%.

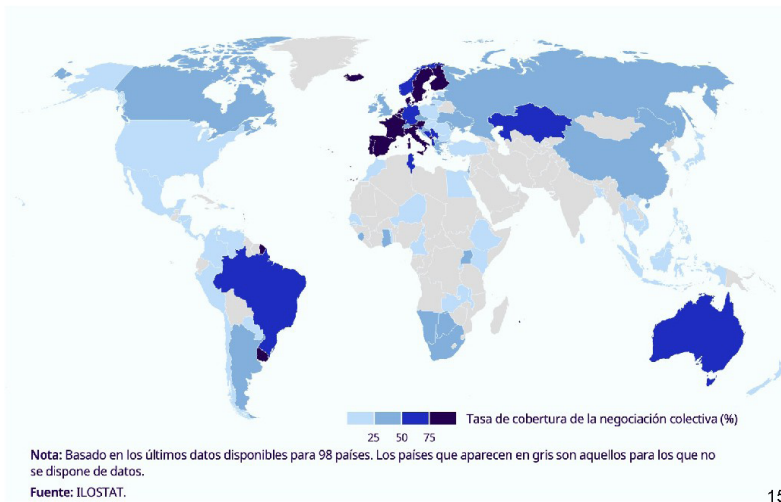
24

El Informe sobre Diálogo Social en el Mundo de la OIT del año 2022, nos da cuenta del grado de desarrollo del diálogo social en materia laboral en otros países, como se aprecia en el siguiente cuadro. Los que figuran en negro tienen una tasa de cobertura de la negociación colectiva superior al 75%; en América Latina destacan entre éstos Uruguay y la Guyana Francesa. A nivel europeo, la tasa de cobertura de la negociación colectiva es superior al 75%, en donde se distinguen los países nórdicos, donde la tasa de cobertura llega al 90% o 95%. En todos estos países la casi totalidad de trabajadores está comprendido un convenio colectivo y, en consecuencia, sus condiciones remunerativas y condiciones de trabajo, su calidad de vida, está determinada por un acuerdo consensuado y producto de una decisión autónoma entre empleadores y trabajadores. Los países que figuran en azul, como Australia y Brasil, tienen una tasa de cobertura de la negociación colectiva entre el 50% y el 75%. Argentina y Canadá se sitúan entre el 25% y el 50%.

El referido Informe sobre Diálogo Social sitúa a Perú como uno de los países más atrasados o menos desarrollados en el diálogo entre empleadores y trabajadores a nivel mundial. Si la tasa de sindicación es inferior al 5% y

tenemos menos de 300 convenios colectivos registrados anualmente, podemos concluir que estamos frente a un modelo de relaciones de trabajo gravemente enfermo, atrofiado, antisindical y antidemocrático. Se trata de un modelo de relaciones de trabajo en el que las partes no dialogan ni se ponen de acuerdo sobre las remuneraciones y condiciones de trabajo, sino que es el empleador el que unilateralmente las fija de acuerdo a su propio criterio e interés económico. Se evidencia que es el empleador quien tiene todo el poder contractual y los trabajadores casi nada, lo que da cuenta de un modelo desigual e inequitativo, que urge cambiar.

Negociación en el mundo



A nivel de mecanismos de supervisión del cumplimiento de la legislación laboral, a la inspección del trabajo se le han introducido diversas reformas que han burocratizado y ralentizado su accionar, alejándose del Convenio 81 de la OIT que propugna un sistema de inspección del trabajo eficaz. En lo que respecta a la justicia laboral, a pesar de la introducción de la oralidad, los procesos duran hasta ocho años en asuntos que deberían resolverse en meses. Se hace necesario la introducción del proceso monitorio para los asuntos de menor cuantía, modalidades especiales para los conflictos colectivos jurídicos, un proceso de tutela de los derechos fundamentales, la modificación del recurso de casación únicamente para la unificación de la jurisprudencia, evitando que gran cantidad de casos lleguen a la Corte Suprema, entre otros.

En consecuencia, debiéramos propender hacia un auténtico Código de Trabajo que no solo regule las relaciones individuales y colectiva, sino que también se regulen los mecanismos de supervisión del cumplimiento, a través de la inspección del trabajo y la justicia laboral, dotadas de presupuestos que la hagan posible y de jueces debidamente especializados.

Ello nos encaminaría a un modelo de relaciones de trabajo distinto, en el que prime una cultura de cumplimiento, y que tenga como base el trabajo decente con derechos, en el diálogo social y en el que empleadores y trabajadores puedan llegar a acuerdos respecto de sus condiciones de vida y de trabajo. En el sector público estamos en una larga lucha de 70 años de prohibiciones a la sindicalización y la negociación colectiva que tiende a cambiar, aunque hay mucho por hacer todavía. Pero en el sector privado las políticas neoliberales en materia de trabajo han destruido lo que ya teníamos anteriormente. Esto nos indica que debe de cambiarse por un modelo de relaciones de trabajo distinto basado en el trabajo decente en el diálogo social y que esto contribuya a democratizar nuestra sociedad tan urgida de cambios.

26

Esto implica una legislación de promoción de la libertad sindical, de fomento de la negociación colectiva y auténticos mecanismos de supervisión del cumplimiento de la legislación administrativa y judicial. En ese sentido el anteproyecto de Código de Trabajo es un esfuerzo encomiable que debe mejorarse y ampliarse a las materias antes señaladas.

Lima, 7 de octubre de 2021

**CONTRATACIÓN LABORAL
DIRECTA**

21/06/2022

CONTRATACIÓN DETERMINADA, TIEMPO PARCIAL Y TELETRABAJO¹

LILIANA TSUBOYAMA SHIOHAMA²

Existen una serie de conceptos relevantes en cuanto a las modificaciones que pretende introducir el anteproyecto del Código de Trabajo. El primer aspecto que corresponde analizar es la contratación determinada o a plazo fijo, que al igual que ocurre en la vigente Ley de Productividad y Competitividad Laboral, prioriza la contratación indeterminada y conserva las presunciones de laboralidad a plazo indefinido, en cuanto los elementos de la relación laboral se hacen presentes.

Esta presunción de plazo funciona como una manifestación del principio de continuidad laboral, reflejado en el título preliminar de este anteproyecto tanto como en los artículos 8 y 15. Es así que la propuesta le da continuidad al escenario bajo el cual la contratación determinada debiera darse de manera excepcional.

Por otro lado, los cuestionamientos a la contratación modal son un tema recurrente ante las instancias judiciales o administrativas, es decir, que deberían

1 El presente artículo es una síntesis de la ponencia realizada por el autor durante el ciclo de conferencias “El Anteproyecto del Código de Trabajo bajo análisis”, celebrado entre los meses de junio y agosto de 2022. El expositor no ha revisado ni realizado correcciones sobre la versión escrita de su presentación en formato oral.

2 Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con una Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. Ejerce como profesora de Derecho del Trabajo en la misma casa de estudios y se ha desempeñado laboralmente como socia del Estudio Echeopar (2000 - 2014); de Tsuboyama, Cuzquén & Nicolini Abogados (2014 – 2020); y actualmente de Tsuboyama & Nicolini Abogados. Asimismo, durante los años 2020 y 2021 fue socia del área de Labor & Inmigración para KPMG Peru.

establecerse este tipo de regulaciones y simultáneamente atenderse (incluso por la vía legal) las causas por las cuales varios empleadores pretenden forzar el uso de estas figuras. Siempre y cuando la política busque verdaderamente estar encaminada a restringir el uso de la contratación determinada para que la mayoría de los trabajadores cuenten con contratos indeterminados. Una forma de hacer esto sería establecer normas claras para la estabilidad laboral.

Actualmente contamos con nueve tipos de contratación modal:

- Por inicio de labores;
- Por incremento de actividades (quedando eliminada en el anteproyecto);
- Por necesidad de mercado (presentaría otras características o requisitos);
- Por reconversión empresarial (también quedaría eliminada);
- Por contrato ocasional;
- Por suplencia;
- Por contrato de emergencia (desaparecería de aprobarse la propuesta);
- Por obra o servicio específico; y
- Por contratos de temporada o intermitentes (constituirían un régimen sujeto a contrato de duración indeterminada).

Además, a diferencia de las reglas actuales, se establece un plazo máximo de hasta dos años de contratación consecutiva bajo modalidad.

CONTRATACIÓN DETERMINADA

El contrato por inicio de actividad, como su nombre lo indica, va a poder ser utilizado cuando comience una nueva empresa y hasta por 18 meses desde el inicio de las actividades. Faltaría precisar en este caso desde cuándo se entiende el inicio de las actividades, para lo que habitualmente se ha utilizado la fecha de inscripción del Registro Único de Contribuyentes (RUC).

Dejando de existir entonces las modalidades de incremento de actividades y eliminándose la denominada figura del lanzamiento de una nueva actividad

empresarial, es decir, que si una empresa quisiera iniciar una nueva línea de negocio u operaciones ya no podría utilizar la modalidad contractual temporal para dedicar a sus trabajadores a esta función.

En segundo lugar, está el contrato denominado necesidades coyunturales de mercado, distinto al que tenemos actualmente. Si bien copia la primera parte de la descripción utilizada por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en esta oportunidad el concepto solamente refiere a los requerimientos que tenga la empresa a raíz de una demanda de mercado que no pueda ser satisfecha por su personal habitual.

Sin embargo, recordemos que actualmente la norma también exige que estas necesidades sean de carácter extraordinario e imprevisible, con lo cual hace que celebrar un contrato por necesidad de mercado en la actualidad sea sumamente difícil porque pocos casos cumplirían simultáneamente con el carácter de coyuntural e imprevisible. En cambio, el proyecto quita este requerimiento, por lo que da la impresión de que los incrementos de actividades de manera coyuntural y originados por la demanda podrían llegar a encasillarse bajo esta modalidad. Sin tratarse de incrementos imprevisibles y por el plazo de un año necesariamente.

OTROS TIPOS DE CONTRATACIÓN

En lo que refiere a los contratos ocasionales, la finalidad declarada de los mismos al momento de su introducción en la ley surge de un ejemplo de la Segunda Guerra Mundial cuando algunas empresas tuvieron que cambiar su producción para fabricar armamento, por ejemplo. La idea por ende no se utiliza en la práctica.

Luego, cabe mencionar los contratos de suplencia a los que también aplica el traslado de trabajadores de un puesto a otro, mientras que los casos de contratos de obra determinada y servicio específico se mantienen bajo el mismo concepto conocido hasta ahora. Vale la pena tener esto último en cuenta ya que se han presentado cuestionamientos al Poder Judicial cuando esta clase de vínculos involucran a la actividad principal de la empresa contratante, si bien no hay restricción para ello en la legislación, ni en el anteproyecto bajo análisis.

CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL

En este apartado, el anteproyecto supone un cambio radical porque se establece que el contrato a tiempo parcial será todo aquel en que la jornada sea inferior a la ordinaria en el centro de labores. Esto quiere decir que si en el centro de labores todos los días se trabaja nueve horas diarias, puedo contratar a alguien a tiempo parcial por siete horas - por ejemplo - bajo este régimen.

A diferencia de lo que ocurre hoy, los trabajadores que operen bajo esta modalidad van a gozar de los mismos derechos que tienen sus pares empleados a tiempo completo. Otorgándoles los mismos derechos a todos los trabajadores, independientemente de si trabajan a tiempo parcial o completo, y con un factor adicional incluido en la norma: “La percepción de estos derechos, cuando corresponda, se hace de manera proporcional al tiempo de prestación de servicios”.

Al no existir ninguna diferenciación en cuanto a beneficios entre los trabajadores, no se justificaría mantener la modalidad en cuestión dentro del anteproyecto del Código de Trabajo presentado por el Ministerio de Trabajo. No obstante, mantener ese formato quizás permita una eventual distinción en el trato de dos trabajadores de una misma empresa con jornadas y salarios diferentes.

32

TELETRABAJO

En materia de teletrabajo, hay que tener en cuenta varias cosas como el hecho de que Perú ya cuenta con una Ley de Teletrabajo, que ha existido durante el confinamiento de la pandemia. Además se han dictado normas sobre trabajo remoto durante el COVID-19. Algunas de estas regulaciones tomadas de la propia Ley de Teletrabajo, a lo que se suma el propio proyecto presentado ante el Congreso, pero con puntos en común en todos los casos.

Algunos comentarios que se pueden hacer sobre este tema en particular tienen que ver primero con los requisitos, es decir:

- Debe ser una actividad permitida de acuerdo a la naturaleza de las labores.
- Tiene que existir un acuerdo expreso entre trabajador y empleador.
- Los costos deben ser asumidos por el empleador, a diferencia de con el trabajo remoto, y según lo acuerden las partes.

- Existiendo para ello tres modalidades: presencial, semipresencial e híbrida.

En cuanto a las disposiciones específicas, cabe resaltar que el lugar de la prestación de los servicios es definido por el teletrabajador, sin ser necesariamente su domicilio y con la posibilidad para el empleador de objetar la decisión sobre la base de cuestiones objetivas. Eventualmente este tema podría llevar a ciertos conflictos dado que los teletrabajadores podrían querer tener una mayor flexibilidad sobre el lugar donde van a establecer sus actividades, que podría no ser siempre en el mismo sitio. Esto no quita que sea relevante definirlo por cuestiones de salud y seguridad en el trabajo, responsabilidad que recae sobre el empleador.

Una vez establecido el lugar de las prestaciones se van a definir los riesgos y las protecciones que el trabajador debe llevar a cabo, siendo central esta cuestión para que el empleador pueda cabalmente precisar su deber de prevención. Asimismo, también queda definido el derecho del teletrabajador a acceder en cualquier momento al centro de trabajo físico, así como que no se le imputarán las fallas técnicas o de conexión, ni sancionarlo por estas razones.

Otros temas que también debieran incluirse en el acuerdo pero que todavía no están presentes son, por ejemplo, las reglas sobre confidencialidad que debe tener el trabajador, ya que si el empleado está en su casa o en otro ambiente debe de ser responsable por la información que está manejando al ser confidencial de la empresa y no poder ser vista o sustraída por terceros. Se debe definir la forma de proteger los datos personales y de asignar las tareas para posteriormente poder determinar si hubo o no incumplimiento, con claridad sobre cuál será el mecanismo de supervisión y cómo se reportarán estas tareas.

Asimismo, el trabajador no podrá -dado que la relación laboral es personal- ser reemplazado por otra persona y se tendrá que establecer si es necesaria una capacitación para poder llevar a cabo el trabajo bajo esta modalidad, como algunos de los asuntos más importantes a considerar.

Por último, la desconexión digital será determinada en base al horario fijado por el empleador. El proyecto habla expresamente de este aspecto, que le otorga el derecho de los trabajadores de no responder correos ni contestar el teléfono fuera de la jornada definida, debiendo contar con al menos 12 horas de descanso, incluso si sus tareas no están sujetas a fiscalización. Ciertamente este

punto no debiera ser sólo un tema propio del teletrabajo sino también alcanzar a todos los trabajadores, incluso si ejercen sus funciones de manera presencial.

LOS CONTRATOS TEMPORALES REVISITADOS: SU REGULACIÓN NORMATIVA EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO

PAUL CAVALIÉ¹

INTRODUCCIÓN

Creo particularmente que cuando nos enfrascamos en debates sobre la naturaleza jurídica de los contratos temporales o sobre su pertinencia legal, su validez, el uso indebido de ellos – entre otros aspectos - me parece que, en verdad, terminamos hablando - opinando más bien - sobre el propio modelo de relaciones laborales que tenemos o que deberíamos tener, según nuestras particulares miradas. Y aquí, incluso, podríamos hacer otro alto para advertir que nos estamos refiriendo a un modelo jurídico de relaciones laborales, que no precisamente termina resultando o apreciándose en los hechos como el modelo real.

Otro lugar común en nuestro escenario laboral - y no por ello deja de ser una verdad apreciable - es que nuestra legislación laboral es pendular. Se transita de normas con una impronta más acorde con el reclamo de flexibilidad proveniente del sector empleador a otras que ponen el foco en la atención de demandas de cuño sindical. Por ello, luego, las postulaciones y visiones de los entornos empresarial y sindical se traducirán - según que el gobierno o el parlamento de turno les sean afines - en una mayor “empatía legislativa” con uno

1 Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, con estudios concluidos en la Maestría en Derecho de la Empresa. Coordinó el Programa de Difusión de la Legislación Laboral y asesoró al despacho del Ministerio de Trabajo (MTPE). En el ámbito de la Inspección del Trabajo, ocupó cargos de alta responsabilidad como Director General de Inspección del Trabajo o asesor de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). También es docente en Derecho del Trabajo de la PUCP y expositor en diversos eventos y seminarios.

u otro sector. Y, subsecuentemente, las críticas y recusaciones provendrán del sector postergado o afectado con la legislación.

Estos aspectos los considero como puntos de partida o antecedentes a tomar en cuenta, porque inevitablemente subyacen y afloran cuando se intenta su abordaje legal y jurídico. En ese sentido, por ejemplo, el Ejecutivo actual, como autor del anteproyecto de Código de Trabajo (“ACT”) no ha escondido -en su exposición de motivos- el enfoque o sesgo que anima su propuesta². Como también -aunque cobijado más bien en una ley que se denominó de Fomento del Empleo- el legislador de los años noventa diseñó estos contratos temporales para supuestos que, desde su inicio, resultaron polémicos, en la medida que su formulación legal imprecisa o ambigua en muchos casos, sumado a una tímida jurisprudencia correctora abrieron paso al uso indiscriminado y desvirtuado de la temporalidad que probablemente el propio legislador ni imaginó.

1. ¿Cómo se vienen empleando estos contratos temporales?

En relación con el uso normalmente incorrecto de estos contratos temporales parece no haber muchas dudas; inclusive entre quienes reclaman sostenidamente el establecimiento de mecanismos de ajuste flexible de la mano de obra a los requerimientos empresariales. De ahí que cuando se justifica la existencia de estos variopintos contratos temporales o se plantean reparos a su modificación o ajuste, antes que enfatizar en las razones o causas objetivas que los sustentan, terminan defendiendo la vigencia de los contratos desde una perspectiva instrumental o funcional a la flexibilización laboral. Así, por ejemplo, en un estudio para GRADE realizado por Miguel Jaramillo y Daniela Campos³ se admite en relación con su empleo que “más allá de la utilización de contratos temporales por motivos accidentales o estacionales, los contratos temporales pueden ser útiles para visualizar las habilidades de los trabajadores antes de contratarlos por tiempo indefinido”. Es decir, estos contratos podrían emplearse para gestionar la conformación de una

2 En la presentación del informe final de la comisión sectorial creada por el Viceministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se señala que, más allá de constituir una mera compilación de la normativa vigente y de recoger el avance de otros proyectos que le antecedieron, el ACT procura “actualizar la propuesta normativa desde el enfoque de la actual política de gobierno”.

3 JARAMILLO, Miguel y CAMPOS, Daniela. “¿Son los contratos temporales un peldaño hacia un contrato por tiempo indeterminado?” Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE). Publicación electrónica, Primera edición, Lima, febrero del 2019.

plantilla laboral de trabajadores cuya alta productividad pueda haber sido apreciada durante el lapso en que se laboró, sujetos a contratos temporales. Pero, más allá de que la contratación temporal, como en este caso, actúe como un instrumento de gestión empresarial, ¿es acaso aquel el objeto o sustento de la temporalidad contractual vistos desde una perspectiva jurídica, incluso constitucional?

2. ¿Cuál es el ordenamiento jurídico y legal de la contratación laboral en el Perú?

La opción jurídica que nuestro legislador adoptó fue que para las actividades permanentes correspondiera la contratación a plazo indefinido y que, por excepción, atendiendo a razones acotadas, procediera la contratación temporal⁴. Esta regla simple atiende a su vez a la actuación de dos principios de fácil postulación y comprensión. Uno primero, el principio de continuidad, que traduce a plenitud el carácter tuitivo que caracteriza e informa a la disciplina toda del derecho del trabajo; y para cuya simple comprensión, en palabras de Américo Plá Rodríguez, implica “partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto sino que dura en el tiempo. La relación laboral no es efímera, sino que presupone una vinculación que se prolonga”⁵.

La idea reseñada en la cita anterior puede reforzarse recordando que, en su gran mayoría, los proyectos empresariales, institucionales e inclusive los que hoy llamamos “emprendimientos”, nacen con una vocación de durar indeterminadamente, desarrollándose y buscando afianzarse en el mercado de bienes y servicios, con una proyección temporal indeterminada, sus fines sociales, privados o públicos, según corresponda. Como quiera entonces que esa proyección es indefinida, se asume que para el desarrollo de sus actividades, el personal destinado a ejecutarlas debe integrarse igualmente a plazo indeterminado. De allí,

4 El art. 53 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (cuyo texto único ordenado fue aprobado por el D.S. N° 003-97-TR) dispone que estos contratos modales procedan cuando lo requieran “las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes”.

5 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 215.

por tanto, que la doctrina encuentre en la preferencia del ordenamiento jurídico por la contratación laboral a plazo indefinido una de las manifestaciones del principio de continuidad, que tiene también un correlato en nuestra legislación laboral⁶. Pero, este principio tiene también otra manifestación o alcance que apunta en la misma dirección de procurarle seguridad al trabajador, y que, en palabras de Plá Rodríguez, radica en la “resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal”.

Estas dos manifestaciones constituyen a su vez los dos ámbitos o esferas de la estabilidad laboral, denominándose a la primera como “estabilidad de entrada” y a la segunda como “estabilidad de salida”. Y como veremos más adelante, ambas dimensiones aparecen muy conectadas y asoman conjuntamente cuando se debate sobre la flexibilidad o rigidez de alguna de ellas.

De otro lado, retomando lo dicho acerca de que la regla general es la contratación laboral indefinida y la excepción, la contratación temporal, ello ha dado pie a la formulación de un Principio de causalidad, el cual impone al legislador la necesidad de delimitar con precisión las circunstancias que configuran las diversas modalidades que integran el vigente menú de la contratación temporal, así como el establecimiento de límites sustantivos, formales y de plazos contemplados en la legislación, que operan como mecanismos o filtros para su regulación excepcional. Wilfredo Sanguinetti, en referencia a esta causalidad requerida, señala que: “(...) lo que ha de determinar la opción por un contrato por tiempo indefinido o de duración determinada no son las preferencias de las partes, sino la naturaleza permanente o temporal del trabajo objeto de la relación contractual. Es decir, el tipo de necesidad empresarial que a través del contrato ha de atenderse. De esta forma podrá recurrirse a los contratos de duración determinada cuando la labor a desarrollar sea de alcance limitado en el tiempo. En caso contrario, lo procedente será celebrar un contrato de trabajo por tiempo indefinido. Esto supone, como salta a la vista, que los contratos por tiempo indefinido constituyen la regla, en tanto que los de duración determinada son una excepción que solamente resultará operativa cuando la actividad a desarrollar así lo justifique. Es por ello que esta regla recibe, como hemos visto, la denominación de principio de causalidad de la contratación temporal”⁷.

6 Esta preferencia legal por la contratación a plazo indefinido puede advertirse en el art. 4 de la LPCL y en el numeral 23.2 del art. 23 de la Ley N° 29497 –Nueva Ley Procesal del Trabajo.

7 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Los contratos de trabajo de duración determinada”. Gaceta Jurídica S.A., segunda edición. Lima, 2018, p. 16.

Así también lo estiman César Puntriano y otros⁸, al igual que Elmer Arce⁹, quien aboga por que se reconozca que la contratación indefinida (sustentada en el principio de continuidad) es la regla constitucional y la contratación temporal (asentada en el principio de causalidad) es la excepción. En esa misma línea de pensamiento, Mario Pasco expresa: “Si es que el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia, su duración debiera ser la de la causa que lo motivó: de persistir ésta, el contrato debiera continuar. En esa línea, la contratación temporal debiera corresponder a una necesidad transitoria, que recién al desaparecer haría posible la extinción del contrato. Es esta la característica que, elevada a la categoría de principio del Derecho Laboral, se reconoce como Principio de Continuidad”¹⁰.

En el campo jurisprudencial, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, reiteradamente, han aludido e invocado indistintamente los principios de continuidad y de causalidad y a los límites que de este último se derivan, como parámetros de apreciación para declarar la desnaturalización de los contratos temporales y su reconducción a contratos de trabajo de plazo indefinido. César Puntriano y otros, sin embargo, trazan los caracteres de distinción entre aquellos¹¹.

3. Datos sobre el mercado del empleo y efectos de la contratación temporal

Los efectos perniciosos que conlleva el uso indiscriminado e indebido de la contratación temporal en el Perú también son reconocibles con apreciable consenso entre los actores del mundo del trabajo. El siguiente cuadro muestra que, a diciembre de 2021, gruesamente, apenas 4 de cada 10 contratos formales en nuestro país son de plazo indeterminado. Asimismo, el cuadro nos muestra que, sumados los contratos que han apelado a las modalidades de obra determinada o

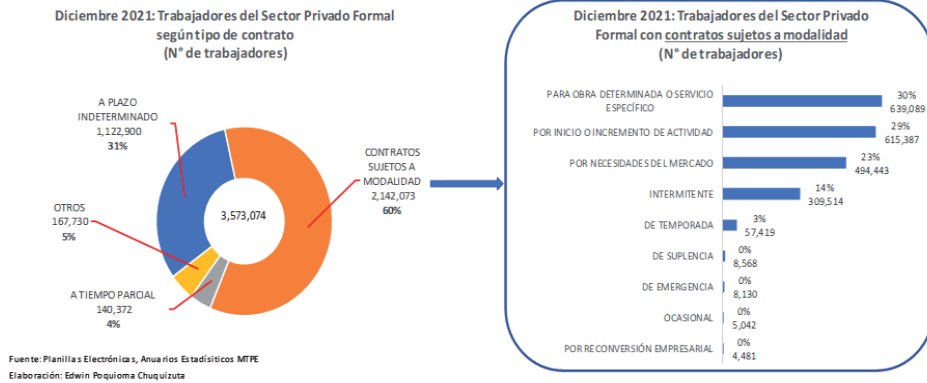
8 PUNTRIANO, César; VALDERRAMA, Luis; GONZALES, Luis. “Los contratos de trabajo. Régimen jurídico en el Perú”. Gaceta Jurídica S.A., primera edición. Lima, 2019, pp. 99-101.

9 ARCE ORTIZ, Elmer. “Derecho individual de trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias”. Palestra, tercera edición. Lima, 2021. pp. 157-159.

10 PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Los contratos temporales: exposición y crítica”. Derecho PUCP, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 68, Lima, 2012, pp. 496.

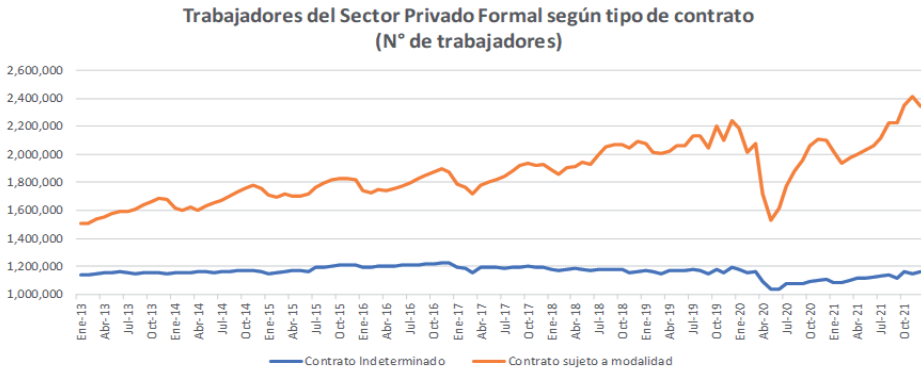
11 PUNTRIANO, César; VALDERRAMA, Luis; GONZALES, Luis. Op. cit. p. 97.

servicio específico, inicio o incremento de actividad y necesidades del mercado, estos constituyen un significativo 82% del total de la contratación temporal. Quizás por ello, a su vez, son las modalidades contractuales en las que operan la mayor cantidad de distorsiones y afectaciones al principio de causalidad.

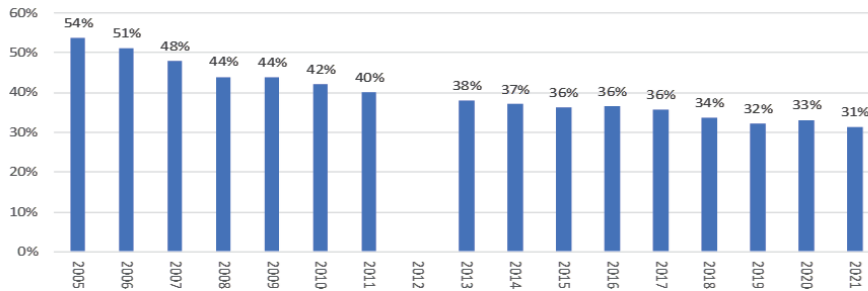


40

Otro punto a tener en cuenta es que, en los últimos años, el crecimiento del empleo formal en el sector privado se ha caracterizado por el dinamismo de la contratación a plazo fijo o determinado. Entre el 2013 y 2021, el número de puestos de trabajo a plazo indeterminado se redujo en 27 mil puestos, en tanto, los puestos sujetos a modalidad aumentaron en 588 mil. Así, en el 2005, los trabajadores con plazo indefinido representaban el 54% del total de trabajadores formales, mientras que en el 2021 apenas representaban el 31%.



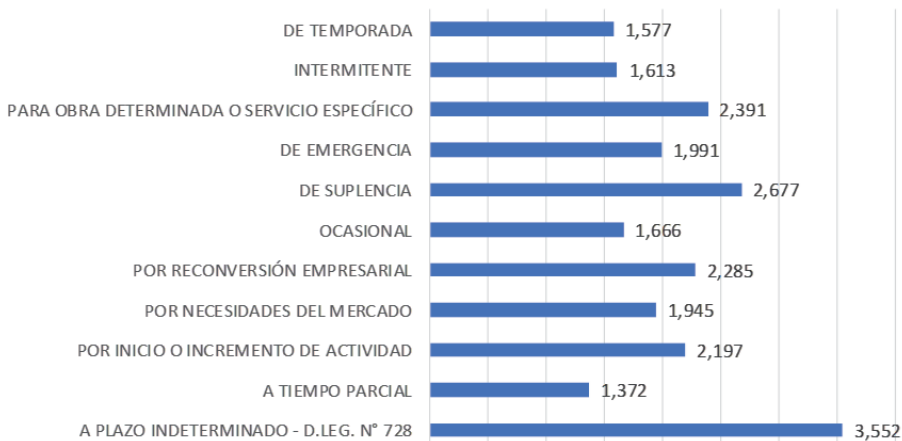
Participación (%) de los trabajadores con contrato indeterminado respecto al total de trabajadores formales del Sector Privado



Fuente: Anuarios Estadísticos MTPE. Del 2005 al 2007 en base a Hoja de resumen de planillas del MTPE. Del 2008 al 2021 en base a la planilla Electrónica.
Elaboración: Edwin Poquioma Chuquizuta

El impacto del asentamiento del contrato a plazo indeterminado en nuestro mercado laboral tiene también una incidencia negativa en el nivel remunerativo de los trabajadores. En buena cuenta, como lo muestra el cuadro siguiente, la remuneración promedio de los trabajadores con contratos temporales representa poco más de la mitad de la remuneración promedio de los trabajadores con contratos indeterminados.

Diciembre 2021: Remuneraciones promedio mensual de trabajadores del Sector Privado Formal según tipo de contrato (Soles)



Fuente: Planillas Electrónicas, Anuarios Estadísticos MTPE
Elaboración: Edwin Poquioma Chuquizuta

En igual sentido se pronuncian Miguel Jaramillo y otros, cuando advierten que “El tipo de contrato del trabajador puede tener consecuencias importantes sobre el salario percibido. De una comparación sencilla entre los dos tipos de contrato, se observa que la brecha salarial es grande: en el año 2015 un trabajador con contrato de tiempo indeterminado ganaba el doble que uno con contrato temporal”¹².

4. El debate sobre las causas y los efectos críticos de la prevalencia de la contratación temporal

Desde diferentes sectores y posiciones en el debate laboral se ha intentado explicar el porqué del uso indiscriminado e indebido de los contratos sujetos a modalidad. Algunos como Miguel Jaramillo, desde los predios de un sector de la economía laboral, en un estudio conjunto con otros colegas de GRADE¹³, concluyen en que “la reforma del 2001 implementada por el Tribunal Constitucional ha causado una severa reducción en la probabilidad de tener un contrato por tiempo indefinido para cualquier trabajador en el mercado laboral peruano” y, consecuentemente, se ha abonado el terreno para un “ascenso vertiginoso” de su empleo a partir de la década antepasada.

42

Los citados autores denominan como “reforma del contrato laboral del 2001” a la incorporación, por parte de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, de las figuras del despido incausado y fraudulento, que supusieron, en su opinión, una suerte de sobreprotección de los trabajadores con contratos de plazo indefinido, lo cual habría incidido para que los empleadores, a través de la contratación temporal, modularan a la baja sus requerimientos de personal a plazo indefinido e incrementaran significativamente la contratación temporal. Comparten esta posición, César Puntriano y otros, cuando señalan que “la utilización masiva de contratos a plazo fijo en nuestro país sobre los contratos indeterminados no responde al arbitrio del empleador. La principal razón detrás de dicha opción empresarial es la excesiva rigidez y falta de seguridad jurídica

12 JARAMILLO, Miguel; ALMONACID, Julio; DE LA FLOR, Luciana. “Los efectos desprotectores de la protección del empleo: el impacto de la reforma del contrato laboral del 2001”. Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE). Publicación electrónica, Primera edición, Lima, noviembre del 2017, p. 49.

13 Ibid, p. 53.

ante la decisión de despedir a un trabajador sin imputar una causa prevista en la legislación producto de los criterios adoptados por la jurisprudencia”¹⁴.

La posición conceptual citada, desde luego, ha sido contestada y contradicha desde la otra orilla, cuestionándose que se pretenda atribuir al solo dictado de las sentencias del Tribunal Constitucional la condición de causa suficiente del desincentivo de la contratación a plazo indefinido. Al respecto, Lily Ku advierte que “se deja de lado el análisis de otras variables importantes que guardan una relación directa con el uso cada vez más intensivo de la contratación temporal en el mercado laboral peruano, como son: 1) las reformas flexibilizadoras de la legislación laboral de inicios de los noventa que, ignorando el principio de causalidad que rige la normativa laboral, incrementaron los tipos de contrato a plazo fijo con fines de fomento de empleo temporal, y 2) el problema de la desnaturalización en el uso de dichos contratos, provocado por la debilidad institucional de los mecanismos existentes para la protección de los derechos laborales, en específico de la inspección del trabajo”¹⁵.

Distinguidas - o más bien confrontadas - las razones que, desde posiciones adversas, explicarían la situación actual de predominio de la contratación a plazo fijo, en lo que sí parece verificarse un consenso es que se trata de un escenario pernicioso. Para Miguel Jaramillo y otros, “el uso masivo de contratos temporales puede tener efectos nocivos tanto sobre el bienestar del trabajador como sobre la productividad al elevar la rotación laboral y desalentar la inversión en entrenamiento del trabajador específico a sus labores en la empresa. En efecto, la literatura internacional sugiere una asociación entre mayor protección del empleo a los contratos por tiempo indefinido, mayor uso de contratos temporales y pérdidas de productividad”¹⁶.

Muchos autores han puesto en evidencia el impacto negativo del uso indiscriminado de los contratos temporales en varios ámbitos de las relaciones laborales: una afectación a la estabilidad del trabajador en el empleo, una desnivelación

14 PUNTRIANO, César; VALDERRAMA, Luis; GONZALES, Luis. Op. cit., pp. 114-115.

15 KUYANASUPO, Lily. “Encubriendo los efectos de las reformas laborales de los noventa y las debilidades institucionales de la inspección del trabajo. El supuesto academicismo del discurso de la flexibilización laboral”. En revista Soluciones Laborales N° 122, Gaceta Jurídica S.A. Lima, febrero 2018, p. 137.

16 JARAMILLO, Miguel; ALMONACID, Julio; DE LA FLOR, Luciana. Op. cit., p. 11.

comparativamente a la baja de las remuneraciones promedio, un incentivo a la siniestralidad laboral derivado de una alta rotación laboral de trabajadores con poco entrenamiento en medidas protectoras de seguridad laboral. Ya en el 2012, tras una década del uso del modelo legal de la contratación laboral, Mario Pasco se preguntaba si se había cumplido con el propósito de que hubieran generado empleo, a lo que se respondía: “la respuesta es rotundamente negativa: la contratación modal no ha estimulado la creación de nuevos puestos de trabajo. Solo ha contribuido a precarizar y con ello a disminuir la calidad de los contratos”¹⁷.

También se recalca su incidencia en las relaciones colectivas de trabajo, al desalentar la afiliación sindical por el temor de la pérdida del empleo, que, en clave de este tipo de contratación, resulta equivalente a la no renovación o prórroga del contrato temporal que tuviera vigente el trabajador (aun cuando el puesto de trabajo siguiera en pie en la empresa), alentando conductas antisindicales subyacentes. Fernando Cuadros y Christian Sánchez se refieren, igualmente a su impacto en la seguridad social, al sustentar que “el uso excesivo de contratos a plazo fijo habría traído efectos negativos al nivel de protección social de los trabajadores, dado que ante períodos cortos de duración del empleo los aportes a los fondos de pensiones y salud no pueden darse con la continuidad deseada, perjudicando así la calidad de vida futura de estos. Es más, actualmente solo el 33% de asalariados privados se encuentra afiliado a algún seguro de salud, mientras que la afiliación a un sistema de pensiones no supera el 35%”¹⁸.

5. Las inconsistencias del diseño legal de las modalidades contractuales con la causalidad exigida

Decíamos al inicio de este artículo que nuestro ordenamiento jurídico ha partido de una regla: que los contratos de trabajo son de plazo indefinido, y que, por excepción (fundamentado en el principio de causalidad), pueden ser también temporales. Para Elmer Arce, por tanto, no debería haberse suscitado mayor debate teórico entre contratación indefinida y temporal, al que denomina

17 PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Op. cit., pp. 507-508.

18 CUADROS, Fernando; SÁNCHEZ, Christian. “La contratación temporal en el Perú: la informalidad escondida”. En SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: Los contratos de trabajo de duración determinada. Gaceta Jurídica S.A., Lima, segunda edición, noviembre 2008, pp. 149-150.

“debate inventado” en la medida que “ambos tipos contractuales son complementarios más que contradictorios”¹⁹. Dicho de otro modo: no resulta muy complejo estimar, razonablemente, si el puesto o posición laboral o la labor específica del trabajador es permanente o temporal.

Entre las causas que parecen haber alentado su uso indiscriminado se alega, de un lado, la apuesta del legislador por incluir modalidades que no irían a tono con la excepcionalidad propia de un contrato temporal, pero la crítica apunta también a la propia formulación legal de los tipos modales, que propician una libertad “creativa” para acondicionarlos, sin mayor rigor en su aplicación, a casi cualquier evento o conveniencia del empleador. No resulta para nada extraño, incluso, que algunos empleadores sigan pensando hasta hoy que la opción de apelar a contratos a plazo fijo sea simplemente parte de su facultad organizativa derivada de su poder de dirección, desconociendo la causalidad y los límites impuestos por el legislador para su empleo. Aquí, recordamos con Wilfredo Sanguineti que “lo que ha de determinar la opción por un contrato por tiempo indefinido o de duración determinada no son las preferencias de las partes, sino la naturaleza permanente o temporal del trabajo objeto de la relación contractual. Es decir, el tipo de necesidad empresarial que a través del contrato ha de atenderse”²⁰.

Decíamos también que, aparejado a cierta ambigüedad o imprecisiones en la formulación legal de los tipos contractuales, la jurisprudencia no ha cumplido debidamente una función correctora para evitar su uso desvirtuado. Pero antes que por ausencia o carencia de intentos, el problema radica en que los pronunciamientos suelen contradecirse, más allá del reconocimiento de una casuística de lo más variada, que se explica a su vez por las peculiaridades de las actividades económicas en las que se inserta la contratación temporal. De un lado, la colisión de criterios entre el Tribunal Constitucional y la justicia ordinaria laboral, o últimamente, una discordancia entre sucesivas o simultáneas sentencias casatorias provenientes de las diversas salas de derecho constitucional y social de la Corte Suprema, aportan a esta falta de claridad conceptual. Tampoco el reglamento de la LPCL ha contribuido a encauzar o centrar mejor los tipos contractuales ni se ha incluido estas materias en la agenda temática de

19 ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit. p. 150.

20 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit. pp. 16-17.

los ya numerosos acuerdos adoptados en los plenos jurisdiccionales supremos en materia laboral.

Acerca de la pertinencia de la configuración misma de algunas modalidades temporales, Elmer Arce ha sido sumamente crítico pues ha creído encontrar en la actuación del legislador peruano una disonancia con el “pacto social y constitucional de reservar a la contratación indefinida las actividades permanentes de la empresa, incentivando abiertamente en estas la contratación temporal”²¹; de ahí que este autor proponga, para fines académicos y explicativos, una clasificación entre “contratos estrictamente temporales” y “contratos temporales desvirtuados”²². Carlos Cornejo comparte esta apreciación cuando anota que “no obstante la claridad del planteamiento teórico, y de lo establecido en el artículo 53° de la LPCL, la norma en cuestión, en sus artículos siguientes, desconoce y afecta el principio de causalidad, estableciendo y regulando como contratos de trabajo temporales, algunos que no están pensados para atender necesidades de servicios que sean temporales. Ciertamente, la LPCL regula como contratos de trabajo temporales, sin que lo sean, a los contratos de trabajo por inicio o incremento de actividades; por reconversión empresarial; intermitente; y de temporada, los que teóricamente se denominan “desvirtuados”, o supuestos de “contratación temporal coyuntural”²³.

46

Wilfredo Sanguinetti recuerda que con la expedición de la Ley N° 26513 - en diciembre de 1995 - el legislador introdujo variaciones a la formulación legal original, generando, o propiciando más bien, en adelante, un uso incorrecto de la excepcionalidad de partida: “La formulación original de esta cláusula ha variado, empero, a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 26513, que optó

21 ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit., p. 153.

22 De acuerdo con dicha clasificación, formarían parte del primer grupo los contratos de obra determinada y de servicio específico, el contrato por necesidades del mercado, el contrato ocasional, el contrato de suplencia y el contrato de emergencia; mientras que se sumarían al segundo grupo, los contratos por inicio o incremento de actividad, contrato por reconversión empresarial y los contratos de industrias exportadoras de productos no tradicionales y de zonas francas. Como puede verse, Arce Ortiz no incluye a aquellas modalidades contractuales denominadas doctrinariamente como contratos fijos discontinuos, y por tanto, más cercanos de ser apreciados como contratos de plazo indeterminado, que, en nuestro caso, lo serían los contratos de temporada y los intermitentes.

23 CORNEJO VARGAS, Carlos. “Algunos apuntes sobre la regulación de la contratación temporal: a treinta años de su vigencia”. En LABOREM, revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 25, Lima, 2021, p. 25.

por añadir a la inicial referencia del precepto a la temporalidad o accidentalidad de la obra o servicio a desarrollar, una confusa alusión a las “necesidades del mercado” y la “mayor producción de la empresa” como elementos justificativos adicionales del carácter limitado en el tiempo de los contratos”²⁴. Sobre esta colada de supuestos contractuales, que se apartarían de la exigencia de la causalidad, Sanguinetti indica que “la duda surge no sólo debido a la diversidad y amplitud de las situaciones contempladas, sino también por la presencia entre estas de algunas que, al menos en una primera aproximación a sus alcances, resultan de una más que dudosa temporalidad”²⁵.

6. ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS MODIFICATORIAS DEL ACT

6.1. El contrato por inicio o incremento de actividad y la propuesta de su modificación

De acuerdo con las objeciones e inconsistencias que venimos anotando hasta aquí, el contrato por inicio o incremento de actividad es uno sobre el cual recaen los mayores reparos por parte de la doctrina especializada. Arce, además de clasificarla como una modalidad temporal “desvirtuada”, la reconoce como de claro perfil proempresarial, pues “en otras palabras, se exime al empleador de su responsabilidad por un posible fracaso empresarial y se traslada el riesgo del negocio a los trabajadores”²⁶. Y cuando se refiere a la ampliación del tipo contractual que hace el segundo párrafo del art. 57 de la LPCL, Arce cuestiona que el “incrementos de las actividades ya existentes” pueda formar parte de su contenido, pues en puridad se trataría del incremento en actividades empresariales antiguas, fomentándose su confusión con la figura del contrato por necesidades del mercado, que, en buena cuenta, converge en su objeto con aquella. De hecho, Arce propone que esta modalidad debe ser eliminada²⁷.

24 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit., p. 18.

25 Ibid. p. 23.

26 ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit. p. 182.

27 Ibid., p. 183.

Con igual tono crítico, Carlos Cornejo²⁸ también formula sus objeciones sobre esta modalidad, al igual que Sanguineti²⁹, quien remarca críticamente la novedosa amplitud con que esta modalidad temporal se ha regulado en nuestro país. Orlando De Las Casas³⁰, comentando uno de los varios proyectos de ley general de trabajo que se han formulado en nuestro país, concordaba con la propuesta de eliminación del “incremento de actividades” que tal proyecto postulaba. César Puntriano y otros³¹, por su parte, parecen adoptar una posición intermedia sobre el particular: “Coincidimos con la naturaleza empresarial del contrato y con el hecho de que su temporalidad no se basa en la naturaleza de las labores, sino en la incertidumbre del negocio empresarial; sin embargo, creemos que ello no es óbice para su consideración como un tipo especial de contrato de trabajo. Quizás lo adecuado, tratándose de una nueva empresa, consistiría en no considerarlo como un contrato temporal, sino como un contrato indefinido especial, limitando su plazo a un año y fijando una indemnización especial a los trabajadores que sean contratados bajo esta modalidad”.

-
- 28 CORNEJO VARGAS, Carlos. Op. cit. p. 85. Para este autor “Es cierto que no siempre que se inicia una nueva actividad empresarial; que se abre un nuevo local; que se ingresa a nuevo mercado, y especialmente, cuando se decide incrementar las actividades empresariales, no se puede tener certeza del éxito y de la continuidad de las actividades empresariales, empero, no es menos cierto que, normalmente, la apuesta empresarial realizada tiene vocación de permanencia, lo que no se condice con la celebración de un contrato de trabajo temporal, sino con la celebración de un contrato de trabajo a plazo indefinido”.
- 29 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit., p. 32., se plantea que “aún sin entrar en el debate sobre el fundamento de este concepto –ciertamente discutible– de eventualidad, lo que salta a la vista es que la ley, al ampliar ilimitadamente sus alcances, permitiéndole abarcar cualquier elevación del volumen de producción, sin importar si esta posee algún nivel de incertidumbre en cuanto a su consolidación o constituye la mejor prueba del éxito de la empresa, ha terminado de restarle los res quicios de causalidad que en él hubieran podido detectarse. Así las cosas, este contrato se convierte en una peligrosa vía para la elusión de todo el régimen de contratación causal diseñado por la ley”.
- 30 DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE, Orlando. “La Incorrecta Utilización de los Contratos Temporales de Trabajo”. En Revista Derecho & Sociedad N° 37, Lima, 2011, p. 132. “Con ello se eliminaría una de las innecesarias alternativas que nada tenían que ver con la causal que en este punto se trata, limitando con ello la posibilidad de (so excusa de un inexistente incremento en las actividades existentes) simular como temporales, relaciones laborales a las que le correspondía un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.
- 31 PUNTRIANO, César; VALDERRAMA, Luis; GONZALES, Luis. Op. cit., p. 132.

Propuesta modificatoria del ACT

El nuevo texto que propone el ACT, en sustitución del contenido del actual art. 57 de la LPCL, es el siguiente:

“El contrato por inicio de la actividad empresarial es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originado por el inicio de la actividad de una nueva empresa. Solo puede ser utilizado dentro de los dieciocho (18) meses contados desde el inicio de la actividad empresarial. Si cumplido dicho plazo, la actividad empresarial continúa, los contratos vigentes se convierten en contratos de duración indeterminada”.

Los cambios saltan a la vista y son varios. Así, si bien no se propone eliminar esta modalidad, a pesar de los cuestionamientos sobre el traslado al trabajador del riesgo o incertidumbre de la iniciativa empresarial, el ACT suprime el segundo párrafo del texto vigente, precisamente aquél que extiende ampliamente el concepto de “inicio de actividad” a variadas situaciones, restringiéndolo tan solo a lo que una lectura y entendimiento simples del término podrían evocar: la salida al mercado, el nacimiento, la puesta en marcha de un emprendimiento empresarial (aun cuando creemos que tendríamos que entenderlo aplicable a todo empleador nuevo aun cuando no ostente necesariamente una forma empresarial). Cabe destacar que la anotada supresión del segundo párrafo del texto actual se lleva consigo al impreciso criterio del “incremento de las actividades existentes”, que permite hoy perforar con relativa facilidad la barrera de la causalidad exigida.

El plazo máximo de empleo también se ha acotado a la mitad: pasa de 3 años (36 meses) a 18 meses, en el entendido que dicho plazo puede resultar razonable para medir la viabilidad del emprendimiento empresarial, sin afectar sensiblemente la regla de la contratación a plazo indefinido. Finalmente, se recuerda uno de los motivos que suponen la desnaturalización de los contratos temporales: la continuación de la prestación de los servicios vencido el plazo máximo para que un empleador pueda hacer uso de esta modalidad. Por si las dudas, conviene recordar que no se trata de un plazo computado en función del tiempo de labores de un trabajador sujeto a esos parámetros temporales. No. Se trata del plazo o rango temporal dentro del cual el empleador que inicia su emprendimiento puede utilizar esta modalidad, lapso que no puede sobrepasar a riesgo de devenir como indefinida la duración del plazo contractual.

6.2. El contrato por reconversión empresarial: su propuesta de eliminación

Este contrato no viene siendo, en los hechos, de mucha recurrencia por parte del empleador; quizás por ello el ACT no lo contempla en su articulado, es decir, propone su eliminación. La descripción actual del tipo contractual (art. 60 de la LPCL) no hace fácil su compatibilidad con razones que sustenten su temporalidad. Para Arce³², simplemente, no las tiene, pues a lo que apunta es a “fomentar la reorganización de los procesos empresariales o una reforma tecnológica”, razones que conectan antes bien con la ejecución de atributos del poder de dirección que con razones estrictamente temporales.

Compartimos con Carlos Cornejo³³ la extrañeza que concita la regulación actual de esta modalidad pues, por lo general, cuando desde el sector empresarial se hace referencia a estos procesos de reorganización estructural o de rediseño de tipos de trabajo, lo usual es que se invoquen más bien como razones para sustentar solicitudes de ceses colectivos de contratos ante la autoridad administrativa de trabajo, antes que para contratar a nuevo personal. Las empresas tienden o a la supresión de plazas, como consecuencia de cambios productivos u organizativos que buscan incidir en la mejora de la productividad o en la estructuración de un tamaño empresarial acorde con la capacidad operativa requerida, razones más próximas al cese que al reclutamiento de trabajadores. También optan, en muchos casos, por el al reentrenamiento de su personal para adecuarlo a los nuevos modelos de organización o cambios en general, lo que, en principio, debería ser su prioridad, particularmente con aquel personal a plazo indefinido con el cual contara. Finalmente, si se va a introducir cambios, con vocación a consolidarlos

32 ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit. p. 182.

33 CORNEJO VARGAS, Carlos. Op. cit. p. 86. “Al respecto, debe tenerse en cuenta que, cuando en una empresa se realizan cambios en la forma de ejecutar la actividad empresarial, no se está pensando en el corto plazo, sino en el largo plazo; no se está pensado en ralentizar los procesos sino en mejorarlos; no se está pensando en la necesidad de contar con más, sino con menos trabajadores, en suma, no se piensa en nada que no sea mejorar la eficiencia, costos y tiempos de la actividad empresarial, lo que no se conecta con la necesidad de contar con un mayor número de trabajadores, y menos aun con trabajadores temporales. Y es que nadie mejora sus procesos internos, y/o la forma de ejecutar una actividad empresarial, para necesitar más trabajadores, salvo que se piense en un cambio para lograr un crecimiento empresarial, lo que va más allá de un proceso de reconversión, temporales. Y es que nadie mejora sus procesos internos, y/o la forma de ejecutar una actividad empresarial, para necesitar más trabajadores, salvo que se piense en un cambio para lograr un crecimiento empresarial, lo que va más allá de un proceso de reconversión”.

a futuro, lo lógico debería ser que el nuevo personal que se requiera se proyecte también hacia una relación de plazo indeterminado.

César Puntriano y otros³⁴ resaltan también que “más notoriamente que los casos anteriores, el contrato de trabajo de reconversión empresarial se sitúa al margen de los principios que rigen el sistema de contratación temporal en el ordenamiento laboral peruano. De allí que exista la necesidad de una interpretación correctora de los límites dentro de los que sería legítimo recurrir a esta modalidad, posibilidad que radica en recoger el planteamiento más estricto de la definición de reconversión empresarial”. Por su lado, Wilfredo Sanguinetti considera que el contrato de reconversión empresarial no calza con una causalidad que resulte apreciable. Para él, lamentablemente, “la idea que define mejor a esta figura no es la de ‘reconversión’ empresarial, noción que supone una reordenación sustancial de los procesos de producción de la empresa, sino la, bastante más vaga, de introducción de variaciones de todo tipo y magnitud en cualquier parcela de su organización interna”. Así entonces, resultaría disfuncional con la temporalidad, pues “los cambios a los que alude el legislador aquí son, pues, aquellos que se llevan a cabo con vocación de permanencia”.

En vista de que encontrarle un resquicio válido para su uso parece no asomar claramente, el proponente del ACT ha optado simplemente por suprimirlo del actual pantone contractual temporal.

6.3. El contrato de emergencia: su propuesta de supresión

Su formulación legal vigente (art. 63 de la LPCL) es simple - casi lacónica - y se define como “aquel que se celebra para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor coincidiendo su duración con la de la emergencia”. No hay mayor noticia sobre la expedición de resoluciones en que se haya abordado esta modalidad, y seguramente por ello - al igual que en el caso del contrato de reconversión empresarial - el ACT no lo ha tomado en cuenta, suprimiéndolo.

Para Arce, resulta curioso que frente a supuestos de caso fortuito y fuerza mayor se haya previsto la contratación de personal nuevo de manera tempo-

34 PUNTRIANO, César; VALDERRAMA, Luis; GONZALES, Luis. Op. cit., p. 135.

ral. Ocurre, por el contrario, que en estas situaciones, incluso de manera más pronunciada que en los casos de una reconversión empresarial, lo natural sea que estos hechos inevitables, imprevisibles e irresistibles operen como causales de suspensión o extinción de las relaciones de trabajo³⁵. Coincidentemente, Wilfredo Sanguinetti³⁶ anota igualmente que “no debe perderse de vista que estas circunstancias han venido siendo consideradas hasta ahora no como causas desencadenantes de un incremento coyuntural del personal, sino más bien como situaciones que imposibilitan el cumplimiento de la prestación laboral, susceptibles de dar lugar a una suspensión o extinción de los contratos de trabajo”. Y aunque si bien Sanguinetti³⁷ no reclama la supresión de esta modalidad, sí deja constancia de que “La imposibilidad de conjurar las consecuencias del evento con el personal habitual de la empresa, ya sea por su limitación numérica o su falta de preparación para la realización de las tareas requeridas, se erige de tal modo en un presupuesto indispensable para la utilización de esta figura”, ya que sería a todas luces que el empleador no echara mano, en primer lugar, del personal con que cuenta y se vea compelido a reclutar personal nuevo, salvo que el requerimiento recaiga sobre personal especializado para estas especiales circunstancias de afectación de la marcha habitual de la actividad empresarial.

52

Asimismo, César Puntriano y otros evidencian estas posibilidades atípicas o poco usuales de contratación: “Nuestra legislación también considera al caso fortuito o de fuerza mayor como un supuesto que permite suspender las relaciones laborales e inclusive extinguirlas. Se trata de una contradicción en la regulación que podría justificar la derogatoria de esta modalidad de contratación a plazo fijo”³⁸.

Si bien ha sido justamente esto último lo que ha planteado el ACT: la eliminación de esta modalidad del catálogo contractual, cabe señalar que las razones que el marco legal vigente exige hoy para su utilización (los casos fortuitos y de fuerza mayor) han pasado a formar parte del contenido del contrato accidental, como lo veremos más adelante.

35 ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit., p. 178.

36 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit., p. 65.

37 Ibid., p. 66.

38 PUNTRIANO, César; VALDERRAMA, Luis; GONZALES, Luis. Op. cit., p. 145.

6.4. El contrato por necesidades coyunturales del mercado y la propuesta de su modificación

Esta modalidad contractual (art. 58 de la LPCL) es una de las más empleadas actualmente, aun cuando su formulación legal contiene varias condiciones para su aplicación: que se trate de un “incremento coyuntural”, que las variaciones de la demanda en el mercado sean “sustanciales”, que el incremento del ritmo normal de la actividad productiva sea “temporal e imprevisible”, posibilitando su celebración y prórrogas hasta por 5 años, coincidiendo con el plazo máximo en que un empleador puede valerse de la contratación temporal. A pesar de los varios requisitos o circunstancias exigidas para su uso, este contrato debe ser uno de los más desvirtuados en la práctica, como lo prueban las numerosas ejecutorias que dan permanente cuenta de su desnaturalización, ya sea declarada en sede judicial o advertida y sancionada por la fiscalización administrativa laboral. Sin embargo, apreciada rectamente esta modalidad contractual, su razón temporal aparece razonable: como quiera que se ha desencadenado un incremento imprevisible y con una proyección apenas coyuntural - y por ello excepcional - de la demanda de los servicios o bienes que produce un empleador, resulta lógico imaginar que su plantilla actual no se da abasto para atenderla, por lo que se explica la necesidad de captar a nuevos trabajadores y así solventar esta situación transitoria.

En la práctica se ha observado que muchas empresas vienen acudiendo a esta modalidad por más de una década, encontrando la justificación de su “causa objetiva” en la construcción de creativos supuestos en los que buscan encajar sus contrataciones específicas. En cuanto al factor requerido de la “coyunturalidad”, ¿cómo estimarla?, ¿quién y cómo predeterminar que será transitoria la variación sustancial en la demanda y cómo acotarla temporalmente para precisar el inicio y fin de tal coyuntura? Al respecto, César Puntriano³⁹ y otros opinan que “La causalidad laboral de este tipo de contratación laboral es circunstancial y, como toda condición de mercado, su tiempo de duración no puede ser medido, existiendo de forma latente la posibilidad de que tal situación estacional varíe. De esa forma, ante condiciones que conlleven la involución del mercado, esta modalidad de contratación laboral permitiría extinguir la contratación temporal de trabajo ante tal situación”. El problema sigue siendo, a nuestra opinión, encontrar parámetros o indicadores pertinentes y suficientes de tales fluctuaciones

39 Ibid., p. 134.

de la demanda (que, además deberán ser “sustanciales”, exigiendo así una nueva probanza), para que un empleador pueda afrontar exitosamente la justificación de la causa objetiva que sustente su uso.

La extensión de este contrato hasta por cinco años ha sido también objeto de severos cuestionamientos, pues iría a contramano de lo que el término “coyuntural” nos evoca, y ha funcionado más bien como un incentivo para alentar su uso recurrente. Wilfredo Sanguinetti⁴⁰ nos recuerda que, en su diseño inicial (en la Ley del Fomento del Empleo), esta modalidad preveía un plazo máximo de seis meses al año, “por encima del cual era posible entender que la actividad no podía ser considerada ya una de carácter eventual, sino más bien permanente, por lo que debería dar lugar a un contrato por tiempo indefinido”. Ya luego, con fines radicalmente flexibilizadores, “el legislador optó por suprimir dicho plazo, sustituyéndolo por una sorprendente precisión: este contrato ‘puede ser renovado sucesivamente’ hasta el término máximo de cinco años establecido por el artículo 74”. Acerca de este mismo punto, César Puntriano y otros⁴¹ opinan que “En cuanto al plazo máximo de duración del contrato modal por necesidad de mercado, podría considerarse irrazonable debido a que el incremento de las actividades es netamente coyuntural. Sin embargo, el legislador optó por establecer un máximo de duración para esta modalidad de contratación laboral”. De modo más concluyente aún, en relación con el plazo de 5 años, Elmer Arce⁴² considera que “es un exceso legislativo, pues dista mucho de una necesidad transitoria, coyuntural o extraordinaria (...) sin duda este es un mecanismo burdo para promover la contratación temporal en desmedro de la contratación a tiempo indefinido. Más aún, si se tiene en cuenta que el contrato por necesidades del mercado opera en el terreno de las labores del giro de la actividad empresarial”.

Propuesta modificatoria del ACT

El ACT describe esta modalidad contractual de manera parcialmente distinta a su regulación actual, por ejemplo, adjetivándola desde su propia denominación, llamándola ahora “contrato por necesidades coyunturales del mercado”, poniendo el acento en el rasgo de coyunturalidad que debe desencadenar su uso:

40 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit., p. 42.

41 PUNTRIANO, César; VALDERRAMA, Luis; GONZALES, Luis. Op. cit., p. 134.

42 ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit., pp. 171-172.

“El contrato por necesidades coyunturales del mercado se celebra con el objeto de atender incrementos coyunturales de la actividad de la empresa, originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado y que no pueden ser satisfechas con su personal permanente, aun cuando se trate de labores que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. La duración máxima de este contrato es de un (1) año”

Una precisión que contempla la nueva fórmula legal es la de aclarar que los incrementos coyunturales que deben verificarse lo son, de manera general, “de la actividad de la empresa”, a diferencia del texto actual que se enfoca en los “incrementos coyunturales de la producción”, sugiriendo equivocadamente que su empleo no podría darse, por ejemplo, para las actividades conexas o complementarias como el caso de las tareas administrativas. Entre otros, Carlos Cornejo⁴³ demandaba dicha precisión.

Se mantiene la exigencia de que, para su correcto uso, la contratación de nuevos trabajadores de manera temporal deba sustentarse en la imposibilidad de atender los incrementos demandados con la plantilla laboral actual. Salta a la vista también el retiro del factor o carácter de la “imprevisibilidad”, presente en la actual regulación normativa de este contrato. Una explicación pasaría por entender que en el concepto de “coyunturalidad” se encuentra implícita la imprevisibilidad como una condición desencadenante de aquella. Otra lectura pasa por entender que la eliminación del “incremento de actividades” - que ya hemos revisado en este trabajo - efectuada por el ACT a propósito de la reformulación del “contrato por lanzamiento de una nueva actividad” y la severa limitación que el ACT propone hoy respecto del plazo en que esta modalidad puede emplearse, resultan suficientes para modelar un uso racional de este tipo contractual.

El cambio más notorio se da, pues, en la radical limitación de la extensión temporal del contrato por necesidades coyunturales del mercado que postula el ACT, pues se salta de un plazo máximo de 5 años a solo 1 año. Recordemos al respecto y a modo de referencia, que, en la vigente legislación laboral española, y tras una reforma que ha vuelto sobre una exigencia más rigurosa de actuación

43 CORNEJO VARGAS, Carlos. Op. cit., p. 98-99. “Ciertamente, respecto de la norma en cuestión también debería revisarse el ámbito de aplicación del contrato por necesidades de mercado, para precisar si solo permite atender necesidades de servicios generadas por incrementos coyunturales de la producción, o de cualquier tipo de actividad, incluidas las de gestión administrativa”.

del principio de causalidad en el orden contractual, el “contrato temporal por circunstancias de la producción”⁴⁴ (que emparenta, en nuestro país, con la modalidad que venimos comentando) puede celebrarse por un máximo de 6 meses, ampliable a 12 vía negociación en convenio sectorial.

6.5. El contrato ocasional y la propuesta de su modificación

El contrato accidental-ocasional en la versión de la propuesta del ACT comparte el laconismo del contenido de la versión actual.

“El contrato ocasional es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo.

Su duración máxima es de seis (6) meses al año, salvo que la causa que lo origine sea el caso fortuito o la fuerza mayor, en cuyo caso se extinguirá cuando dicha causa haya sido superada”.

56

Quizás el cambio más apreciable en el nuevo texto del ACT sea el de haber incorporado un segundo párrafo en el cual incluye las causales habilitantes que hoy tiene el “contrato de emergencia” (el caso fortuito y la fuerza mayor). Ya lo habíamos hecho notar cuando revisamos, líneas antes, el contrato de emergencia, en el que dimos cuenta de la supresión de dicha modalidad por parte del ACT y su apuesta por conjuntar ambos contratos fusionándolos en el contrato ocasional. Aquí, un comentario acerca de qué tipo de actividades serían atendibles por esta modalidad, reformulada por el ACT. Tanto el texto de la versión actual como la del ACT señalan que su celebración es para “atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo”. La versión vigente del contrato de emergencia señala tan solo que es “para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor”, sin distinguir la naturaleza de estas “necesidades” o requerimientos empresariales. Interesa esta apreciación en la medida que la propuesta del ACT deja entrever que el caso fortuito o la

44 Este contrato, en España, se puede emplear cuando se produzca el incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones que, a pesar de tratarse de la actividad habitual de la empresa, generen un desajuste temporal entre la plantilla disponible con la que cuenta el empleador disponible y la que podría requerir. También comprende aquellas situaciones que se derivan de las vacaciones anuales.

fuerza mayor serían habilitantes para el empleo del contrato ocasional, habida cuenta de que simultáneamente el ACT también está postulando la supresión del contrato de emergencia. Curiosa la técnica legal empleada por el ACT para esta absorción del contrato de emergencia por parte de la nueva versión del contrato ocasional, pues no la hace al momento de describir su objeto sino cuando debe referirse al plazo máximo de su empleo.

Para Wilfredo Sanguineti⁴⁵, en relación con el contrato ocasional, “pueden citarse como supuestos claros de tareas susceptibles de ser contratadas por esta vía: la realización de tareas vinculadas con la habilitación de un local comercial o una nave industrial, la instalación o reparación de maquinaria, la informatización de ciertas secciones de la empresa, la ejecución de estudios de mercado o de una auditoría interna, siempre, claro está, que no se trate de empresas que se dedican ordinariamente a estas actividades”. Tales son muestras que inciden en el carácter “no habitual” de estas tareas, que es un distinguo que no contiene nuestra regulación vigente del contrato de emergencia. De otro lado, Sanguineti⁴⁶ parece mostrarse a su vez proclive a la posibilidad de que un solo tipo contractual (el de la ocasionalidad, por ejemplo) cobije también a esta contratación transitoria o de “emergencia” (denominación que parece remitir a un contexto urgente cuando no dramático) derivados del caso fortuito o de la fuerza mayor.

El legislador del ACT ha integrado - aun cuando indirectamente, al hacerlo en referencia con el plazo máximo de la modalidad ocasional - el actual contrato de emergencia al contenido del contrato ocasional, asumiendo que la accidentalidad u ocasionalidad comparten un sustrato común. Seguramente, también, tal fusión obedezca a la reclamada necesidad de reducir las modalidades o tipos contractuales para, de un lado, desincentivar su uso distorsionado y, de otro, facilitar la función de su control jurisdiccional y administrativo. Corresponderá a la jurisprudencia ir perfilando mejor las características de las actividades y el

45 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit., p. 50.

46 Ibid., p. 70. Cuando Sanguineti analiza el tipo contractual del “contrato de emergencia” advierte que “para atender a este tipo de necesidades no era preciso recurrir a la creación de modalidad contractual alguna de carácter específico, sino que bastaba con regular adecuadamente aquellas que tipifican modalidades claras de trabajo temporal, como el trabajo “accidental” y el trabajo “eventual” en sentido estricto, a las que se ha hecho referencia. Es decir, los contratos “ocasionales” y “por necesidades del mercado”.

contexto en que ellas se desplieguen para que el empleo del contrato ocasional adquiera una silueta normativa propia y distinguible.

6.6. El contrato de suplencia y la propuesta de su modificación

El contrato de suplencia (art. 61 de la LPCL) es de aquellos que, en su formulación simple, no admite dudas acerca de su natural temporalidad, o como lo denominan, entre otros, Elmer Arce, se trata de un “contrato estrictamente temporal”. Es una modalidad que concilia a la vez las necesidades e intereses de trabajador y empleador. El primero puede tener la garantía de la reserva de su puesto de trabajo en tanto transcurre la suspensión de su vínculo laboral - o más propiamente de las prestaciones del contrato - y volver a ocuparlo a su finalización; el segundo puede solventar aquellas situaciones en que deja de contar temporalmente con la prestación efectiva de sus trabajadores, sin afectar en lo posible su productividad.

La fórmula legal nueva para el contrato de suplencia que prevé el ACT es la siguiente:

58

“El contrato de suplencia es celebrado con el objeto de sustituir a un trabajador de la empresa cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada. Esta modalidad también procede para cubrir el puesto de un trabajador trasladado. En tales casos el empleador deberá reservar el puesto a su titular, operando con su reincorporación la extinción del contrato de suplencia. La duración máxima de este contrato está sujeta al plazo requerido de sustitución, pudiendo celebrarse las renovaciones que resulten necesarias”.

Una primera modificación apreciable es la precisión que se venía reclamando en relación con la naturaleza del puesto o de la condición del titular del puesto (ello forma parte también del debate) como presupuesto para la aplicación de la suplencia. Se discute si el término “estable” hace referencia necesariamente al trabajador sujeto a un plazo indefinido y que de ninguna manera el trabajador sustituido pueda ser un trabajador con contrato a plazo determinado, quienes, según algunas interpretaciones, también cuentan con “estabilidad” aun cuando

estén sujetos a un término contractual⁴⁷. En esos mismos términos se pronuncian César Puntriano⁴⁸ y otros.

El ACT señala simplemente que la sustitución opera respecto de “un trabajador de la empresa”, retirando el adjetivo de “estable” que originó el debate, lo que hace subsecuentemente admisible considerar también a un trabajador temporal como objeto de la sustitución.

Otra modificación se vincula con la fuente válida de donde se derive la causal de suspensión del vínculo laboral del trabajador titular. La versión actual dispone que la suspensión debe obedecer a una causa justificada “prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo”. Por ello, para César Puntriano y otros⁴⁹, haciendo suyos los apuntes de Wilfredo Sanguinetti, las únicas excepciones aplicables (es decir, proscritas) serían las suspensiones debidas al caso fortuito o fuerza mayor o a motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, así como la suplencia de las suspensiones producto del ejercicio del derecho a huelga, “ya que de ser admitidas se vería vaciado el contenido de este derecho, al aceptarse la contratación de interinos en sustitución de los huelguistas”.

Sobre lo abordado, el ACT no hace mayores precisiones, requiriendo tan solo que la suspensión del vínculo laboral obedezca a “alguna causa justificada”; es decir, ya no se contempla que tal causa justificada se encuentre prevista en la legislación vigente o sea fruto del acuerdo colectivo. Más bien, al contrario, otras voces, como la de Carlos Cornejo⁵⁰ reclamaban mayores precisiones en

47 El art. 79 de la LPCL señala que los trabajadores sujetos a modalidad tienen derecho “a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el periodo de prueba”.

48 PUNTRIANO, César; VALDERRAMA, Luis; GONZALES, Luis. Op. cit., p. 137, para quienes “el término estable no es sinónimo de indeterminado, pues el personal contratado a plazo fijo también goza de estabilidad laboral durante la vigencia del contrato”.

49 Ibid. p. 138.

50 CORNEJO VARGAS, Carlos. Op. cit., p. 96. “De acuerdo con lo anterior, resulta que la regulación del contrato de suplencia es contradictoria con otras normas laborales, en este caso, con el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo; y que el artículo 61° de la LPCL debió señalar que el contrato de suplencia no podía ser celebrado para reemplazar trabajadores que ejercieran su derecho de huelga”.

aras de salvaguardar expresamente importantes bienes jurídicos como el de la libertad sindical.

Como puede predecirse, el tono lacónico y simplificado que se emplea en el ACT puede con facilidad abrir paso a contenidos varios cuando no demasiado abiertos, que pueden entrar en colisión con otra normatividad, contándose para salvar tales conflictos tan solo con esa referencia de la “causa justificada”.

La propuesta del ACT no ha abordado un problema actual de aplicación práctica del contrato de suplencia, y que algunos consideran como una desvirtuación de su finalidad. Nos estamos refiriendo a la admisión del hecho que un trabajador suplente, incorporado temporalmente a la empresa, pueda terminar desempeñando indistintamente labores que no son propias del trabajador suplido por él, es decir, que no se corresponden con el perfil del puesto del trabajador titular a quien él sustituye. Cabe destacar que sobre este punto contamos con ejecutorias supremas de carácter contradictorio: algunas admiten la posibilidad descrita, al amparo del ejercicio del *ius variandi* del empleador (tal cual podría haber actuado en su momento respecto del titular si este no estuviera siendo reemplazado), y en la medida que no se advierta una afectación a la remuneración o la categoría; de otro lado, distintas sentencias han considerado que dicha situación configura un supuesto de desnaturalización contractual.

60

Hubiera sido deseable que el ACT contemplara este problema y adoptara un criterio que zanje el problema, de modo que no quede librada a una jurisprudencia contradictoria la conformidad de su contenido. Consideramos que un criterio más apegado al principio de causalidad pasa por ser más rigurosos con el uso del contrato de suplencia; si al amparo del *ius variandi*, y a tono con parecer más flexibles, admitimos la variación indiscriminada de las tareas y funciones por las que se recluta al personal suplente, terminaremos distorsionando sensiblemente esta causal que, no debe olvidarse, ha sido concebida como una causa objetiva válida de temporalidad.

6.7. El contrato de obra o de servicio específico y la propuesta de su modificación

Estos contratos, en particular el de servicio específico, encabezan el ranking de contratos modales utilizados; la mayor parte de quienes objetan su empleo

desnaturalizado consideran que la principal razón obedece al austero contenido descriptivo de los tipos contractuales contemplados actualmente en el artículo 63 de la LPCL. En efecto, la única información que se requiere para la configuración de su causa objetiva es que estos contratos cuenten con un “objeto previamente establecido” y una “duración determinada”, la misma que, a su vez, queda acotada por la extensión temporal que “resulte necesaria” para el cumplimiento del objeto contractual. Completa su marco normativo vigente, el artículo 79 del reglamento de la LPCL⁵¹.

Carlos Cornejo⁵² llama la atención acerca de los mínimos requisitos configuradores de esta causa objetiva - requisitos que, por lo demás, resultan obvios y propios de cualquier contrato común y para nada caracterizadores, como deberían serlos - señalando que “resulta necesario modificar los alcances del artículo 63° de la LPCL, para señalar las necesidades de servicios que permitirá cubrir el citado contrato, precisando que las mismas deberían ser principales y temporales; para distinguirlo del contrato para obra determinada, el cual está pensado para atender otras necesidades de servicios temporales, y para precisar que se deberá respetar la duración máxima de los contratos de trabajo temporales”. En igual sentido, comentando el tipo legal abierto de estos contratos, para Elmer Arce⁵³ “la generalidad de la disposición legal puede llevar a lecturas de gran tendencia expansiva, que bien pueden poner en cuestión el principio de preferencia de la contratación por tiempo indefinido en el marco de las labores habituales o permanentes de las empresas”.

Quizás sea por lo hasta aquí advertido que, en la aplicación práctica de estas modalidades contractuales, se ha suscitado varios problemas que no han podido ser resueltos mediante la actuación de la legislación, la jurisprudencia o la doctrina; pues en todos estos campos encontramos repetidas veces posiciones antagónicas que no han cerrado a la fecha. Por ejemplo, en relación con el ámbito de operatividad de los contratos en cuestión, Arce piensa que este debe ser el de la atención de “necesidades empresariales transitorias”, pues extender-

51 D.S. N° 001-96-TR. Artículo 79.- En los contratos para obra o servicio previstos en el Artículo 97 de la Ley, deberá señalarse expresamente su objeto, sin perjuicio que las partes convengan la duración del respectivo contrato, que sólo podrá mantenerse en dicha calidad hasta el cumplimiento del objeto del contrato.

52 CORNEJO VARGAS, Carlos. Op. cit., pp. 97-98.

53 ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit., p. 162.

lo a las “actividades permanentes” puede propiciar que, deliberadamente, se pretenda fragmentar en “obras determinadas” las labores permanentes de una empresa para dotarlas en apariencia de una unicidad o sustantividad propias a cada una de ellas, debiendo “encasillarse en labores transitorias o esporádicas por naturaleza. Es decir, labores ajenas al ciclo productivo permanente de la empresa”⁵⁴. Wilfredo Sanguineti⁵⁵ comparte el mismo parecer, pues considera con preocupación que una opción “como salta a la vista, podría determinar la virtual desaparición de la contratación por tiempo indefinido”.

Este criterio se ha reflejado en alguna jurisprudencia nacional y extranjera cuando se ha declarado como desnaturalizados a contratos - particularmente de “servicio específico” - por referirse a prestaciones que corresponden a actividades habituales o permanentes, independientemente de que sean principales o complementarias. Particularmente, el debate se ha particularizado con ocasión del empleo de la modalidad del “servicio específico” en el ámbito de la prestación de los servicios de intermediación y tercerización laborales, en que resulta de fácil apreciación que hoy se hace una correspondencia entre el plazo pactado entre las empresas usuarias con las de intermediación y tercerización, y los plazos contractuales que a su vez estas reflejan en los contratos por servicio específico que celebran con sus trabajadores.

62

Como venimos afirmando, se han dado al respecto ejecutorias supremas de signo opuesto, y hay quienes encuentran que la celebración del contrato por servicio específico resulta plenamente pertinente en el mundo de la subcontratación, habida cuenta de la temporalidad de la relación interempresarial. Por ejemplo, César Puntriano y otros⁵⁶ admiten su empleo cuando sustentan que “En lo que a subcontratación se refiere (intermediación laboral, tercerización), este contrato a plazo fijo es altamente empleado para cubrir el personal que se requiera para ejecutar la actividad subcontratada. Se respalda dicha contratación de duración determinada alegando que la actividad que realizan a favor de la empresa principal es de naturaleza temporal, siendo esta ‘naturaleza’ fijada por la duración determinada del contrato de obra o servicio celebrado con la principal”. Es una posición que no compartimos pues hace recaer los riesgos del

54 Ibid., pp. 162-163.

55 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit., p. 75.

56 PUNTRIANO, César; VALDERRAMA, Luis; GONZALES, Luis. Op. cit., p. 149.

negocio afectando el derecho del trabajador a un vínculo de plazo indefinido, pues desde cualquier arista en que se mire, estamos hablando de prestaciones ordinarias y permanentes. Así, visto desde el lado de la empresa usuaria - salvo que se demostrara que no es el caso - estamos muchas veces frente a labores que para ella son permanentes y ordinarias, más allá de que pudieran corresponder a su actividad principal o ser de carácter complementario. Igualmente, si se quiere ver desde la vinculación contractual directa entre la empresa subcontratista y sus trabajadores, estos trabajadores desplazados a las empresas usuarias están ejecutando actividades centrales de su objeto empresarial. En cualquier caso, de prosperar la tesis de su empleo válido en este contexto, consideramos que termina vulnerándose el derecho a la estabilidad en el empleo de los trabajadores. Las empresas estarían consiguiendo - por vía indirecta - lo que rectamente no resultaría procedente, claro que afectando al mismo tiempo el contenido protegible del derecho al trabajo, que incluye el de no ser privado de su empleo, salvo por causa justa debidamente contemplada.

Sanguinetti, para sustentar su posición sobre esta materia, se plantea qué criterio se debe emplear para determinar la validez del uso de esta modalidad contractual en el mundo de la subcontratación y al responderse apuesta decididamente por el respeto efectivo del principio de causalidad lo cual, para él, “pasa por establecer una conexión directa entre la naturaleza de la actividad productiva transferida al exterior y la duración de los contratos del personal que se encarga de su atención, al margen del contenido del pacto que pueda haber suscrito la empresa principal y el contratista”⁵⁷.

Uno de los argumentos centrales de quienes encuentran procedente el uso del contrato por servicio específico en este ámbito de la subcontratación de servicios, apunta a la incertidumbre empresarial que conlleva la probabilidad de que las empresas subcontratistas no puedan renovar su vínculo contractual con sus clientes, o que estando este en curso, pueda ser interrumpido o culmine válidamente por cualquier causal sobreviniente. Este manejo de la incertidumbre que se genera puede ser vista como parte de la asunción de los riesgos empresariales sobre los vaivenes del negocio, a los que el trabajador debe ser, en principio, ajeno. Sanguinetti encuentra que la atención a este problema “en un sistema inspirado por el principio de continuidad de la

57 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit., p. 75.

relación de trabajo como el nuestro, ha de ser afrontado a través de otro tipo de instrumentos, que no impliquen su traslado sin más al trabajador”, como puede ser “la extinción de los contratos de trabajo por razones vinculadas con el funcionamiento de la empresa, cuando se produzca el fin del encargo y no exista la posibilidad de asignar otras tareas a los afectados” o procurar por diversas fuentes - legales, convencionales o contractuales- “el deber del empresario auxiliar que continúe con la actividad de asumir los contratos de trabajo del personal del saliente”⁵⁸.

Sobre este mismo aspecto, Fernando Cuadros y Christian Sánchez⁵⁹ comparten y traen a cita la opinión de la profesora laboralista Raquel Aguilera Izquierdo - en relación con la legislación de ese país - para quien “si una empresa tiene como actividad normal la prestación de servicios a terceros, el riesgo empresarial que corre derivado de la pérdida de la concesión o contrata debería ser paliado a través de los mismos mecanismos jurídicos de que gozan todas las empresas que por una u otra razón se ven obligadas a disminuir su personal y no concederles el privilegio de concertar contratos para obra o servicio determinado que no responden a la finalidad para la que esta modalidad contractual ha sido creada”. Cuadros y Sánchez consideran que, en todo caso, la legislación debería permitir su uso en supuestos de tercerización de servicios, “pero garantizando en ellos la readmisión de los trabajadores en caso se presente una nueva obra o servicio ejecutada a favor de un tercero”⁶⁰. Como podemos apreciar, se plantean opciones que buscan que el impacto de la vicisitud del riesgo empresarial no recaiga neta y directamente sobre el trabajador, como lo sería la pérdida sin más del empleo.

Propuesta modificatoria del ACT

Consideramos que la propuesta del texto del ACT resulta más que arriesgada. Si a la legislación vigente se le ha objetado ser demasiado austera e incon-

58 Ibid., p. 77.

59 CUADROS LUQUE, Fernando; SÁNCHEZ REYES, Christian. “La contratación temporal en el Perú: la informalidad escondida”. En revista Asesoría Laboral, Lima, diciembre 2007, p. 17.

60 Loc. cit.

venientemente mínima en su contenido, la redacción del ACT adolece de la misma objeción, e incluso ha suprimido alguna referencia.

“En los contratos por obra determinada o para servicio específico, la duración está sujeta a la conclusión de la obra o del servicio específico para el que fue contratado. En este tipo de contratos podrán celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación”.

El tipo contractual descrito no nos provee de información relevante que podría habernos servido para juzgar, en su casuística, su uso compatible con el principio de causalidad. Quizás esta pudo ser la ocasión para que la propuesta se decantara por algunas de las opciones interpretativas que hemos revisado en el punto anterior. Al no haber efectuado ningún cambio, quedan, por tanto, subsistentes las varias dudas que hoy se vienen dando y de las que hemos dado cuenta. Debemos confiar en que la jurisprudencia se consolide en alguno de los sentidos interpretativos que hoy se reconocen.

7. EL CONTRATO TEMPORAL “INNOMINADO” (SUPRIMIDO) Y EL CONTRATO “EXPRESAMENTE AUTORIZADO POR LEY” (INCORPORADO)

El elenco de contratos temporales vigente suma en la actualidad, a modo de una cláusula abierta, un contrato temporal que podríamos catalogar como innominado; nos referimos al artículo 82 de la LPCL⁶¹. Esta habilitación contractual ha de proceder siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse. Como puede apreciarse, esta formulación abierta podría admitir construcciones forzadas para escapar de los relativos parámetros que algunas modalidades contractuales temporales poseen, o en todo caso, de algunos criterios que a lo largo de más de 20 años la jurisprudencia - aunque tímida y contradictoriamente - ha venido pergeñando

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

para trazar sus linderos distintivos, y que - en lo que resulta lo más importante - puedan condecirse con el respeto del principio de causalidad.

Elmer Arce, tras recalcar que la lectura de este artículo - en armonía con el principio de legalidad - supone que lo que hace, en verdad, es aludir a otros contratos temporales - también regulados por ley - que no han sido incluidas expresamente en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, concretamente a contrataciones contempladas por algún régimen laboral especial: “Antes de que el listado taxativo se cierre en las modalidades contractuales de la LPCL, esta prefiere dejar un espacio abierto para que otra norma con rango de Ley pueda regular otros contratos a plazo determinado”⁶². Esta reclamada invocación del principio de legalidad de Arce Ortiz parece haber cuajado en la novedosa propuesta del ACT de incluir dentro de las “clases de contrato de trabajo de duración determinada” al “contrato expresamente autorizado por ley”. Con ello parece cerrarse paso a la posibilidad de que las propias partes puedan encajar una necesidad objetivamente temporal - que no se enmarque debidamente en los tipos contractuales actuales - como hoy resulta factible de realizar por medio del contrato temporal innominado del artículo 82.

66

Nos parece como opinan Wilfredo Sanguinetti⁶³, al igual que César Puntriano y otros⁶⁴, que “la cláusula de apertura introducida a través del artículo 82 de la LPCL cumple una función de gran importancia para el adecuado funcionamiento del sistema de contratación temporal previsto por la ley: la de garantizar la aplicación flexible del principio de causalidad, evitando que la tipicidad de las modalidades introducidas termine por operar como un factor de rigidez capaz de dificultar una satisfacción eficiente de las necesidades temporales de personal de las empresas”.

62 ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit., p. 160.

63 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit., pp. 131-132.

64 PUNTRIANO, César; VALDERRAMA, Luis; GONZALES, Luis. Op. cit., p. 149.

8. EL LÍMITE TEMPORAL GENERAL DE LOS CONTRATOS MODALES Y EL LAPSO DE PROHIBICIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DE UN EX TRABAJADOR PERMANENTE CESADO POR EL MISMO EMPLEADOR, PREVISTOS EN EL ACT

En relación con el plazo máximo, la propuesta del ACT es la siguiente:

*“Artículo 28. Plazo máximo a los contratos de duración determinada
Dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales pueden celebrarse contratos por periodos menores, pero que sumados no excedan dichos límites.*

En los casos que corresponda, pueden celebrarse contratos bajo distintas modalidades con el mismo trabajador, siempre que en su conjunto no excedan del plazo máximo de dos (2) años. Este plazo no es aplicable a los contratos por suplencia, por obra determinada ni para servicio específico”.

Un primer punto llamativo es que el segundo párrafo del artículo propuesto, en relación con el lapso máximo para encadenar contratos temporales de distinta modalidad, no menciona, como lo hace la norma actual (art. 74 de la LPCL), lo de la celebración de estos en forma “sucesiva”; sólo señala que en conjunto no pueden superar el nuevo plazo máximo que propone: 2 años en lugar de los 5 años que nuestra normativa actual admite. Esta supresión del término “sucesivo” podría estar significar que para el ACT el cómputo del plazo máximo (2 años) no exige que los plazos parciales de los distintos contratos (que son objeto de la sumatoria) deban corresponder necesariamente a un encadenamiento contractual sin solución de continuidad entre cada uno de ellos. Este aspecto resulta trascendente pues actualmente suele discutirse acerca de qué circunstancias o situaciones podrían quebrar válidamente el cómputo del plazo máximo. La propuesta del ACT parecería apuntar a que, independientemente del plazo que haya mediado entre una y otra contratación, el cómputo de la sumatoria temporal no se interrumpe.

De otro lado, es evidente que la reducción del plazo máximo (de 5 a 2 años) es bastante impactante, pero asoma congruente con el ajuste operado en los plazos propios de ciertas modalidades, y con la propuesta de supresión de algunas modalidades contractuales vigentes.

En relación con la prohibición de contratar temporalmente a trabajadores permanentes que hubieran cesado, el ACT propone la siguiente disposición:

*“Artículo 26. Prohibición de contratar a trabajadores permanentes que cesen
Los trabajadores sujetos a un contrato de duración indeterminada que cesen no podrán ser contratados nuevamente mediante contratos de duración determinada salvo que haya transcurrido un (1) año desde la extinción de la relación de trabajo anterior, o no habiendo transcurrido este plazo, sea contratado para una labor cualitativamente distinta”.*

El importante añadido que se hace, en comparación con la norma vigente (art. 78 de la LPCL), figura al final del texto, abriendo la posibilidad de recontratar temporalmente - y antes de que se cumpla el año de la regla general - a quien cesó siendo un trabajador con contrato a plazo indeterminado, siempre que se le reclute para una “labor cualitativamente distinta”. La normativa vigente que exige, sin excepciones, el transcurso de 1 año para la recontratación en las circunstancias anotadas, ha merecido ciertos reparos desde los propios trabajadores que, tras cesar en una empresa, y no poder recolocarse con prontitud en el mercado laboral, no pueden retornar a su antiguo empleador, ni siquiera temporalmente, si no ha mediado el año que exige la ley. Se entiende que la lógica del actual artículo 78 de la LPCL es la de constituir un desincentivo para que algunos empleadores apuren el cese de un trabajador a plazo indefinido y busquen, luego, recontratarlos de inmediato a plazo temporal, con alguna intención fraudulenta o de desfavorecimiento de sus derechos, como la relativización de su protección frente a un eventual despido arbitrario. No obstante lo señalado, consideramos que el control de una acción o conducta fraudulentas no puede afectar la libertad de trabajo de quien ve en la recontratación - aun cuando temporal - por parte de su ex empleador la posibilidad de retornar a un mercado de trabajo donde la oferta de puestos de trabajo es sumamente escasa. Desde luego, reglamentariamente podría plantearse los candados para evitar el empleo doloso de esta excepción a la que el ACT abre espacio.

Anexo

CUADRO RESUMEN DE CAMBIOS
Modalidades contractuales que dejan de ser temporales (se trasladan al capítulo de Contrato de trabajo de duración indeterminada)
<ul style="list-style-type: none">- Contrato de temporada- Contrato intermitente
Modalidades contractuales que se eliminan
<ul style="list-style-type: none">- Contrato por nueva actividad e incremento de actividades- Contrato de reconversión empresarial- Contrato "innominado" (art. 82 de la LPCL)
Modalidades contractuales que se modifican
<ul style="list-style-type: none">- Contrato por inicio de actividad (su plazo máximo pasa de 36 meses a 18 meses)- Contrato por necesidades coyunturales del mercado (su plazo máximo pasa de 5 años a 1 año)- Contrato ocasional (se le incorpora los supuestos habilitantes del "caso fortuito" y de la "fuerza mayor", que actualmente sustentan al "contrato de emergencia" que el ACT propone eliminar)- Contrato de suplencia (ya no se exige que el trabajador titular suplido sea "estable")
Modalidades contractuales que se posibilita incluir
<ul style="list-style-type: none">- Contrato expresamente autorizado por ley

**PACTOS TÍPICOS DEL CONTRATO
DE TRABAJO
23/06/2022**

PACTOS TÍPICOS: LA INTERACCIÓN DE LA BUENA FE Y LA LIBERTAD DE TRABAJO

ISABEL HERRERA GONZALES PRATTO¹

Al momento de celebrar o durante la vigencia o a la conclusión del contrato de trabajo, las partes pueden establecer diversas cláusulas adicionales y pactos. Se ha convenido en llamar “pactos típicos” a los más recurrentes y presentes en nuestra legislación y en el anteproyecto de Código del Trabajo, texto según Resolución Ministerial N° 092-2022-TR (en adelante “El anteproyecto”). En este artículo abordaremos algunos pactos típicos a la luz de dos principios: la buena fe laboral y la libertad de trabajo.

73

1. LA BUENA FE LABORAL

Se ha dicho² que el principio de buena fe es poliédrico debido a sus distintas expresiones (“corrección y lealtad”, “cooperación”, “respeto a la palabra dada”, “compromiso al cumplimiento de las expectativas de la otra parte”, entre otras) que en definitiva revelan la necesidad de aprehender estándares (i) para evaluar el correcto actuar de los sujetos o (ii) para establecer reglas de interpretación de los comportamientos.

1 Especialista en Derecho Laboral graduada en 1992 por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestría en Derecho Internacional Económico por The University of Warwick (Inglaterra) y Diplomado en Recursos Humanos por la Universidad de Piura. Ha sido docente de Derecho Laboral en diversas universidades.

2 ESPINOZA ESPINOZA, J. (2013). El principio de la buena fe. En: Homenaje a Manuel De La Puente y Lavalle. Tomo II. Lima. pp. 779.

Según el artículo 1362° del Código Civil “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. Con mayor agudeza, el Código Civil Español precisa que los contratos van más allá de lo expresamente pactado: “Los contratos [...] obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” (artículo 1258°). Este fenómeno se denomina según Morales Hervias “relación obligatoria compleja”, porque un contrato contiene deberes de prestaciones principales (actividad nuclear), deberes de prestaciones secundarias (que dependen de la principal), y deberes accesorios o funcionales, que protegen la prestación principal, coadyuvan a la consecución de la utilidad comprometida, tutelan el interés de la prestación, y nacen de la ley y en concreto de la buena fe³.

Según Oscar Ermida⁴, el contenido ético del Derecho del Trabajo se condensa en la justicia, la equidad y la igualdad. A su vez, Mario Pasco⁵ indica que la esfera ética del contrato de trabajo se condensa en el principio de buena fe. Este principio trasciende a todos los contratos, es de mayor significación dentro de los contratos de tracto sucesivo - como lo es el contrato de trabajo, con una peculiaridad en el campo laboral: la fuerte implicación personal y la duración de la relación jurídica laboral⁶.

En el anteproyecto no figura dentro del Título Preliminar. Si bien es un principio-deber propio de los contratos y de la relación laboral, que no llega a ser un derecho fundamental⁷, debería incorporarse al mismo. La buena fe va más allá de un estándar de comportamiento. También es un parámetro de interpretación: permite apreciar aquellas características que, en el supuesto concreto, corresponderían a un comportamiento correcto.

3 MORALES HERVIAS, R. (2013). Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil, en: Revista Derecho PUCP, n° 71. pp. 58-60. Lima.

4 ERMIDA URIARTE, O. (2006). Ética y Derecho del Trabajo. En: Revista d'anàlisi De Dret Del Treball, [en línea], n° 1. pp. 24. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/58081>.

5 PASCO COSMÓPOLIS, M. (2013). Ética en las Relaciones Laborales. En: Homenaje Aniversario de la SPDTSS año de las Bodas de Plata de la SPDTSS. Lima. pp. 76.

6 Ibid., p. 72.

7 BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2009). Derechos fundamentales de la persona y relación de Trabajo. Lima. Fondo Editorial PUCP. pp. 187

En el anteproyecto el artículo 43° hace una mención al obrar de buena fe, pero entremezclado con otros aspectos ajenos al mismo, tales como la interdicción de la discriminación, la arbitrariedad y el abuso del derecho. Asimismo, el artículo 388° alude al uso reservado y de buena fe de la información que se entregue al sindicato, y el artículo 393° señala que las partes están obligadas a negociar de buena fe, lo que se concretiza en reconocer a la contraparte como interlocutor negocial y hacerlo con el propósito de celebrar un convenio colectivo. Sin embargo, este mismo principio ha sido eliminado del enunciado de las faltas graves relacionadas al incumplimiento de las obligaciones laborales (artículo 140° inciso 1), como si hubiese algún recelo del principio como medida de apreciación de la conducta del trabajador.

Sin duda la buena fe debería alumbrar tanto el campo de las relaciones individuales como el de las colectivas, y prevalecer como *principio-deber* en todo momento y sin excepciones.

2. LA LIBERTAD DE TRABAJO

Es un principio y un derecho fundamental. La Constitución peruana señala que toda persona tiene derecho “a trabajar libremente, con sujeción a la ley” (artículo 2° inciso 15).

A lo largo de su obra, Sergio Quiñones⁸ nos enseña que la libertad de trabajo admite tres facetas: (i) la libertad de entrada, al momento de constitución de la relación laboral, donde el trabajador es libre de decidir si, en qué, y para quién o cómo va a laborar. (ii) la libertad de trabajo al momento de ejecución de la relación laboral, que es libertad de pluriemplearse en sentido amplio, a la cual nos referiremos enseguida. (iii) la libertad de salida, que es al momento de la extinción del vínculo laboral, donde se protege la facultad de la persona de dejar de trabajar. Los límites a ésta última manifestación de libertad de trabajo vienen a ser los pactos de permanencia y el preaviso de renuncia⁹.

Velasco y Miranda subrayan que tanto la pluriactividad como el pluriempleo stricto sensu se reputan protegidas por el derecho constitucional de libertad de

8 QUIÑONES INFANTE, S. (2007). La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú. Lima. Palestra. 249 pp.

9 Ibid., p. 173-179.

trabajo. Así, un trabajador dependiente puede realizar de modo paralelo a su empleo un trabajo por cuenta propia (pluriactividad); o también podría pluriemplearse, es decir, brindar simultáneamente servicios en relación de dependencia a distintos empleadores¹⁰.

Sin embargo, existen limitaciones al pluriempleo, tanto en el sector privado (pactos de exclusividad) como en el sector público. Las limitaciones en el último caso emanan de las incompatibilidades y prohibiciones en el ejercicio de la función pública reguladas por ley expresa¹¹.

También se debe tener presente que dentro del régimen económico de la Constitución se asigna al Estado el rol de garantizar la libertad de trabajo y la libertad de empresa (artículo 59°), y en pos de esa finalidad, se agrega que el Estado facilita y vigila la libre competencia (artículo 61°). A esto último se refiere la defensa del adecuado funcionamiento del proceso competitivo que promueve la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044 (artículo 1°).

76

A propósito de la competencia desleal, Jorge Luis Acevedo¹² acota que, en el ámbito mercantil, aquella prohíbe no el daño al competidor, sino el empleo de medios ilícitos para competir –los actos contrarios a la buena fe empresarial. Mientras que, en el ámbito laboral, interviene el principio de buena fe, a la luz del cual no cabe admitir que el trabajador genere al empleador, a través de la competencia, un perjuicio que mercantilmente sería lícito. En efecto, la buena fe “apunta al equilibrio de los intereses de las partes”, a “su actuar correcto, sin afectar a la contraparte”¹³ como lo sugieren las expresiones: “corrección y lealtad”, “protección de la confianza”, “solidaridad” y “cooperación”, entre otras¹⁴. De este modo, la libertad de trabajo conversa o interactúa con el

10 VELASCO PORTERO, M.T. y Miranda Boto, J.M. (2021). Curso elemental de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Madrid. Tecnos. pp. 135.

11 QUIÑONES INFANTE, S. (2007). La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú. Lima. Palestra. pp. 149-153.

12 ACEVEDO MERCADO, J.L. (2003). La competencia desleal como falta grave en el Derecho del Trabajo. En: Derecho & Sociedad, n° 20. Lima. pp. 103. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17296>

13 ESPINOZA ESPINOZA, J. (2013). El principio de la buena fe. En: Homenaje a Manuel De La Puente y Lavalle. Tomo II. Lima. pp. 796.

14 Ibid., p. 779.

principio de buena fe laboral, acotando límites al pluriempleo y a la conducta del trabajador.

3. EL PERÍODO DE PRUEBA

El período de prueba permite el libre desistimiento del vínculo laboral sin originar una indemnización. Este tiempo se mantiene en tres meses en el anteproyecto, pero con dos recortes:

- I. Se elimina la ampliación del mismo, excepto para el personal de dirección (ha desaparecido la categoría de personal de confianza).
- II. Se acorta el tiempo en los contratos de trabajo de duración menor al año (máximo $\frac{1}{4}$ de la duración del contrato).

No parece correcto que se recorte drásticamente la utilidad del tiempo de mutuo conocimiento, más aún si tras esta etapa, se genera en nuestro ordenamiento un régimen de estabilidad absoluta.

4. EL PACTO DE REMUNERACIÓN INTEGRAL ANUAL

Este pacto permite a las partes de una relación laboral pactar la percepción de una remuneración integral computada por período anual, que comprenda todos o algunos de los beneficios sociales, tales como aquellos derivados de la ley, pacto o costumbre. En el anteproyecto se permite este pacto a partir de una remuneración anual de 40 Unidades Impositivas Tributarias, que es equivalente para el ejercicio 2022 a S/ 15,333.33 mensuales, monto que, de acuerdo al tamaño e ingresos de la mayor parte de las empresas peruanas, tendería a estar asociado a la remuneración del personal gerencial.

El anteproyecto exige registrar el convenio de remuneración integral anual, que es una forma de intervencionismo estatal sobre la autonomía privada no justificada. Esta interferencia también la vemos plasmada en los artículos 314° a 317° del anteproyecto, que exige comunicar la designación del personal de dirección y en el caso del gerente general registrar el contrato de trabajo escrito, registros que no tendrían por qué ser exigidos a las empresas, ni tampoco el registro del convenio de remuneración integral anual, que según lo indicado

pasaría básicamente a ser un pacto específico de ciertos empleados de nivel gerencial o subgerencial.

5. EXCLUSIVIDAD

La exclusividad emerge de un pacto de plena dedicación del trabajador, quien se compromete, durante la vigencia del contrato de trabajo, a no prestar sus servicios a otro empleador. Bajo el texto del anteproyecto sólo es válida si se celebra por escrito dentro de un contrato o convenio independiente (artículo 49°). La compensación por la exclusividad es en el anteproyecto por lo menos una remuneración mínima vital, cada mes. Se contempla el libre desistimiento del pacto sin otro requisito que un preaviso de treinta días. El incumplimiento es causa de despido y de una demanda de indemnización por los daños y perjuicios que se hubiera irrogado al empleador.

De esta manera, la exclusividad como pacto puede ser bastante fugaz. Lo que no implica que el trabajador quede en libertad para transgredir la buena fe descuidando sus obligaciones o para realizar actos de competencia desleal. El trabajador en este último caso, incurre en una conducta de disputar clientes a la empleadora de modo real o potencial, no tratándose de una simple concurrencia en la misma actividad.

En el anteproyecto la competencia desleal está contemplada en los artículos 48° (es obligación de los trabajadores no realizar en beneficio propio o de terceros actividades que califiquen como competencia desleal) y 140° (la competencia desleal es una falta que, según su gravedad, puede dar lugar al despido).

La exclusividad, al igual que otras notas características del contrato típico de trabajo (como la labor dentro de un centro de trabajo, con un horario fijo y a tiempo completo) han prevalecido por años. Diversas formas atípicas venían desplazando al mismo (contrato a tiempo parcial, teletrabajo, subcontratación, entre otros). Esta crisis del contrato típico y, por tanto, del rasgo de exclusividad sigue en aumento tras mayores cambios tecnológicos y nuevas formas de trabajo post pandemia.

6. PERMANENCIA

Mediante este pacto se pretende “asegurar que el trabajador permanezca en la empresa durante un período mínimo de tiempo”, bajo la premisa que ha recibido una formación de trascendencia mejorando notoriamente sus oportunidades laborales¹⁵.

En el anteproyecto (artículo 49º) el pacto de permanencia tiene validez si se consigna por escrito, dentro del contrato de trabajo o en un convenio independiente. Es preciso que concurren ciertos requisitos, entre ellos, que el empleador haya sufragado el costo de los estudios de especialización o perfeccionamiento; otorgando para ese efecto, una licencia (con o sin goce de haberes).

En el anteproyecto, se regula la duración de la permanencia: será proporcional al costo/tiempo de estudios, con un plazo máximo de dos años. Se señala asimismo que, si por causa del trabajador el vínculo se extingue antes del cumplimiento del compromiso de tiempo pactado, la infracción podrá generar una indemnización por daños y perjuicios.

En consecuencia, al igual que en otros ordenamientos se exige una inversión económica de la empleadora, una específica cualificación profesional, mas no necesariamente que más allá de la misma el trabajador se desempeñe en un proyecto o trabajo específico asociado a aquella.

7. PACTOS DE NO COMPETENCIA POST CONTRACTUAL

Como señalan Velasco y Miranda¹⁶, el trabajador va a “limitar sus posibilidades de ocupación futura”. El pacto busca evitar que un trabajador “se aproveche de los conocimientos adquiridos en una empresa, aplicándolos después a una actividad por cuenta propia o ajena”. Ello, siempre que, “según las circunstancias que concurren, pueda considerarse capaz de condicionar o afectar la posición de la empresa en el mercado, alterando su potencial de clientes”.

15 VELASCO PORTERO, M.T. y MIRANDA BOTO, J.M. (2021). *Curso elemental de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Madrid. Tecnos. pp. 139.

16 Ibid., p. 140.

En el anteproyecto (artículo 50°) el pacto de no competencia tiene validez si se consigna por escrito. El presupuesto es el efectivo interés del empleador, económico o comercial, para que el trabajador se obligue a no realizar actividades que supongan competencia tras la extinción de la relación laboral. El plazo máximo es de un año (en otros ordenamientos es hasta dos años). Y la compensación económica que normalmente es abierta en otros ordenamientos, por ejemplo, si se paga por única vez, o si se paga periódicamente, ha preferido ser regulada en el anteproyecto indicando que será no menor a una remuneración mínima vital por cada mes que dure el pacto.

El incumplimiento del ex trabajador, según el anteproyecto, puede dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios. Como indican Velasco y Miranda¹⁷, en la cuantificación de dicha indemnización se podrá tener en cuenta el perjuicio que la actividad realizada por el trabajador hubiera podido ocasionar en términos de pérdidas, disminución de ventas o clientes, sino también la propia compensación recibida por el trabajador a cambio del compromiso infringido.

17 Ibid., p. 141.

PACTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO PREVISTOS EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO

DANIEL ULLOA MILLARES¹

El capítulo 6 del anteproyecto del Código de Trabajo incluye la regulación de los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo, señalándose en una lista los derechos de los trabajadores. Luego, se enumeran por separado algunos más específicos en materia de discriminación; libertad sexual; integridad psíquica, moral y física; libertad de expresión; y convicciones religiosas, es decir, los denominados derechos inespecíficos de la persona y del trabajador. El anteproyecto, en este caso, busca precisar que una relación laboral no supone abandonar el ejercicio de los derechos constitucionales.

EXCLUSIVIDAD Y PERMANENCIA

En el artículo 48 aparecen las obligaciones de los trabajadores y en el artículo 49 se regulan los pactos de exclusividad y permanencia, aclarando que, para ser válidos, deben estar por escrito directamente en el contrato o en un anexo. El primer interrogante que surge entonces es si bajo el concepto “escrito” ya se podrá entender el uso de medios electrónicos de comunicación como aplicaciones de mensajería instantánea o correo electrónico y que ellos sean elementos de prueba de estos acuerdos.

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster Interuniversitario en empleo, relaciones laborales y diálogo social en Europa (2006) y Doctora en Derecho (2016) por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Ha realizado cursos de post grado en la Universidad de Buenos Aires (2001) y en el centro internacional de formación de la OIT (Turín), la Universidad de Bologna y la Universidad de Castilla-La Mancha (2004).

Por un lado, la exclusividad es entendida como no prestar servicios en régimen de subordinación, autonomía o realizar actividad por cuenta propia, no quedando claro si están prohibidas todas estas formas o solamente algunas de ellas en la redacción. Para salvar esta regulación, el acuerdo de exclusividad podría ser de cualquiera de los indicados y las partes tendrían que precisarlo. Tampoco es precisa la diferencia entre prestar servicios autónomos o por cuenta propia, en lo que podría tratarse de una redundancia.

Estos acuerdos entonces deberían ser muy específicos y esta exclusividad debidamente compensada, no como hasta ahora que normalmente se pide la misma a cambio de nada. Esa fidelidad laboral o de servicios debe ser retribuida, por lo menos, con un salario mínimo mensual, aunque curiosamente este acuerdo es de libre resolución para las partes con un aviso anticipado de 30 días calendario. Por ende cabría suponer que el pacto en contrario también sería válido porque, si no, no tendría sentido toda esta norma, ya que no parece lógico acordar exclusividad si luego cada quien se puede ir con un simple preaviso.

La exclusividad puede pactarse, según el proyecto, por seis meses o un año, a cambio de una compensación. Sin embargo, dejar abierta la posibilidad a que cualquiera de las partes se retire con un simple aviso desnaturaliza e inutiliza esta regulación. Ciertamente alguien podría decir que sirve para proteger al trabajador, pero éste simplemente puede no firmar la exclusividad.

82

Luego, se señala que si el trabajador incumple será causal de despido y generará la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Se puede presumir que esta compensación será automática o que, por el contrario, deberá ser probada. Si este último fuera el caso, creemos que la norma resulta simbólica ya que se podría realizar el reclamo por incumplimiento y estos hasta ahora deben ser probados, por lo que para darle el derecho al empleador debería crearse un procedimiento automático. Este apartado debería ser precisado antes de avanzar en su discusión.

Por otro lado, la permanencia se condiciona cuando el empleador ha asumido el costo de estudios de especialización o perfeccionamiento y por ello la entrega al trabajador de una licencia con o sin goce de remuneración. Aquí una primera observación: cuando el anteproyecto regula la suspensión, artículo 125, señala lo que conocemos hoy como suspensión perfecta o imperfecta, sin hablar de licencias en ningún momento como conceptos del derecho laboral público

y que principalmente se utilizaron por la pandemia. Bueno sería que hubiera una concordancia y no una combinación de términos.

A su vez, la norma no contempla otro motivo para sustentar la permanencia que los estudios cuando podría haber otras razones, haciendo que la propuesta sea restrictiva y excluyente. Sucede igual al señalarse que la permanencia se fijará en proporción al tiempo y costo de los estudios, siendo difícil definir estos aspectos, y por un período máximo de dos años independientemente de la duración o la dificultad del curso tomado por el trabajador. Cabe pensar que la mejor regulación sería la que no existe, dejando a las partes ponerse de acuerdo.

Si la intención es que un trabajador permanezca o si quiere que le paguen sus estudios lo mejor sería incorporar oportunamente estas condiciones al contrato de trabajo dentro de un marco de la razonabilidad. El anteproyecto parece pecar de restrictivo en este punto y estrecha las posibilidades de negociación, repitiéndose la idea de que si el trabajador incumple con esta obligación le corresponde una indemnización al empleador.

De repente, estos aspectos de la iniciativa pueden leerse como la imposición de una responsabilidad objetiva, lo cual tendría sentido que en ambos tipos de acuerdo quede establecido que el empleador tiene derecho a una indemnización que podría reclamar automáticamente. No obstante, queda todavía por definirse si esto significa que puede retener los beneficios sociales o las remuneraciones, como elemento al que prestar mayor atención.

Siguiendo con la lectura del texto, el artículo 50 regula la no competencia e incluye varios requisitos: duración máxima de un año, solamente se puede pactar finalizada la relación (porque si fuera durante la misma aplica el supuesto de falta grave por competencia desleal), se pide por escrito y obliga al empleador a justificar un efectivo interés económico o comercial. Nuevamente aparece un término ambiguo como efectivo, donde se pone en tela de juicio quien lo define, y dice que debe pagarse una remuneración mínima por cada mes que dure el pacto, otra vez dando lugar el incumplimiento al derecho a una indemnización.

Antes que facilitar las cosas en el marco de estos pactos ya contemplados en la legislación actual, consideramos que esta regulación complica este tipo de relaciones al simplemente incorporarlas sin manejar toda la casuística que puede darse, como se ha señalado anteriormente. No encontramos algo nuevo salvo que

el empleador quiera que el trabajador asuma alguna obligación adicional, que naturalmente si éste es el caso debe ser retribuida. El resto peca de restrictivo, agravando el escenario ya vigente.

PERÍODO DE PRUEBA

Este otro pacto definido en el artículo 116 ya no contempla a los trabajadores de confianza, que es una calificación creada y eliminada por la ley. Perú es uno de los pocos países que tienen esta figura, normalmente se habla de personal de dirección o de alta dirección, mientras que el término de confianza apareció a finales del siglo pasado para restringir el acceso de estas personas a la reposición en el empleo. La ley lo puede crear, como hizo con la contratación administrativa de servicios (CAS) o la modalidad formativa laboral (ahora calificada en este anteproyecto como trabajo), pero también eliminar si ya no hay confianza.

Esto elimina la posibilidad de ampliar el período de prueba para trabajos especiales o con características más complejas, dejando únicamente la posibilidad de acuerdos de 3 meses o de máximo 12 meses en dirección. Quedan aquellos trabajos que en la práctica de repente suponen una mayor atención por fuera de la normativa. Se precisa que el período de prueba se acumula salvo que hayan pasado tres años desde el cese o se ocupe un puesto notoriamente distinto, ya aplicable ahora pero ampliándose en cantidad de tiempo.

84

Existe una restricción para los contratos temporales que dice que, si el plazo es menor a un año, el período de prueba será de máximo la cuarta parte. No dejando en claro la situación ante la eventualidad de que las tareas sean difíciles, pudiendo no ser suficiente el tiempo para conocer la prestación de servicios. Léase que si se contrata a alguien cuatro meses, sólo puede estar en período de prueba un mes, sin contemplación a casos especiales en el texto de la propuesta.

Suena difícil entender que un trabajador contratado tres meses esté todo el tiempo en período de prueba, pero si el convenio es realmente temporal no habría problema. Parece innecesario restringir este pacto solamente a la cuarta parte. Y finalmente, respecto de la extinción durante este plazo, el anteproyecto dice que no puede afectar derechos fundamentales del trabajador. Así se podría llegar a que el período de prueba tenga una causa concreta, de forma tal que

al cesar a una persona por esta razón se pueda determinar qué aspectos no ha cumplido mediante una evaluación.

El período de prueba no debería ser una etapa de despido libre, ya que - si bien no es necesario causa justa para desvincular al trabajador - el fin de esta etapa es que la prueba realmente se cumpla y la persona ocupe un perfil en la práctica. Por eso, no tiene sentido el artículo 117 que exonera del período de prueba a aquellos que ingresen a la labor por concurso público, sin una razón válida ya que durante el concurso sólo se revisan los documentos o el desempeño en entrevista, mas no así en el trabajo. El período de prueba es para ver efectivamente cómo trabaja la persona, si se adapta, si todo lo que dicen los documentos y el candidato en la entrevista es efectivamente real. Sin embargo, la ley prevé que esto ya no aplique a concursos públicos. El anteproyecto seguidamente indica que tampoco existirá este tiempo en el contrato si hay un retorno al mismo cargo o previo acuerdo entre las partes.

FALTAS GRAVES

Finalmente, el artículo 140 referido a las faltas graves es muy parecido a lo ya existente, entendiéndose como falta grave al incumplimiento de alguno de los acuerdos desarrollados, sin novedad aparente al considerar el incumplimiento injustificado de las obligaciones esenciales del trabajo o la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores causal de despido. No hay en este punto mayores cambios en la situación laboral peruana.

CONCLUSIONES

En síntesis, es bueno que se hayan recogido ciertos acuerdos que llevan décadas de vigencia normativa en otros países y que aquí se utilizan para cierto tipo de trabajadores, aunque creemos que la propuesta regulatoria genera más problemas que soluciones. Debería haber más análisis casuístico, ya que no se puede imponer la versión del Ministerio de Trabajo. El economista Hugo Ñopo en un artículo muy interesante escrito en el 2021 decía que el derecho laboral está lleno de buenas intenciones, lo cual se confirma al ver una redacción que busca acomodar la realidad a ciertos objetivos, pero que genera malos resultados.

La realidad no siempre se puede dar como uno desea y debe ser entendida ya que el derecho laboral vive de la misma, lo que nos demuestra que este Código de Trabajo - como lo dice también el documento - sólo va a beneficiar a los trabajadores formales, equivalentes al 23% de la población trabajadora. El anteproyecto en discusión aplica solamente a la cuarta parte de la gente que trabaja, a pesar de haber temas más importantes como corregir los niveles de informalidad que vive el país y que son una constante desde el siglo pasado.

Toda la legislación de la última década del siglo XX, toda la legislación de este siglo y todos los cambios jurisprudenciales no han hecho sino mantener esta problemática realidad. No han provocado transformaciones. Hace poco un grupo de economistas presentó un proyecto para generalizar el régimen laboral de la pequeña empresa dado su efecto en el incremento de la formalidad, cuando en realidad ha redundado en un aumento muy bajo e insuficiente (9%). El problema no parece ser laboral únicamente sino también tributario y cultural, por lo que la discusión del anteproyecto es interesante pero sería muy útil si alcanzara al 80-85% de las personas que trabajan.

Lamentablemente esto no ocurre y se debería priorizar la incorporación de la gente al derecho laboral, porque de lo contrario el anteproyecto constituirá otra pieza de museo, mientras la gente se encuentra en otra situación.

86

COMENTARIOS DE CIERRE

El diagnóstico incluido en el anteproyecto es clarísimo y señala la realidad del Perú, basada en los números de la Planilla Mensual de Pagos (PLAME) y la Encuesta Nacional de Hogares que revelan el escenario real. Este informe señala que los beneficiarios serían potencialmente unas 4.2 millones de personas sobre 17 o 18 millones de trabajadores en total, es decir, sólo aquellos empleados en la formalidad. El anteproyecto entonces no sirve para corregir la realidad laboral peruana, lo cual ya señala claramente el diagnóstico.

Parece paradójico que el documento intente en el diagnóstico cambiar las reglas laborales, que no han funcionado, cuando en realidad los cuatro millones de trabajadores del sector formal quizás no necesitan los beneficios previstos en el anteproyecto del Código de Trabajo. Fuera de este marco hay 12 o 14 millones de trabajadores sin ningún tipo de beneficios: sin seguridad social, sin estabili-

dad y sin salario mínimo. Un grupo en su mayoría compuesto por mujeres en una época donde se habla mucho de la búsqueda de la igualdad pero se sigue intentando las mismas cosas que hace 50 años.

Reiteramos que están bien las buenas intenciones y la corrección de ciertos excesos de la normativa, pero se está pensando en cambiar el color de pintura de uno de los cuartos de la casa cuando los otros tres cuartos no tienen techo ni servicios básicos. Ese pareciera ser el problema y sería interesante que el próximo congreso nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) trate el problema de la informalidad, sin que esta discusión de años quede en palabras y con el fin de encontrar la manera de corregir este escenario. Este problema lleva décadas y hasta ahora ninguno de los gobiernos ha podido dar con la solución, a pesar de promover la desregulación o crear un régimen especial para las Micro y Pequeñas Empresas (MYPEs) con un avance mínimo como resultado. Debe encontrarse la manera de formalizar a los empleadores y permitirles a los trabajadores tener relaciones formales con acceso a sus derechos fundamentales. El derecho laboral necesita nutrirse de la realidad y no quedarse en una nube académica o de buenos deseos impracticable.

REMUNERACIÓN Y BENEFICIOS

28/06/2022

REMUNERACIONES Y BENEFICIOS LABORALES

Tratamiento en el Anteproyecto del Código del Trabajo

ANNA VILELA ESPINOSA¹

El Título II del Anteproyecto de Código del Trabajo (en adelante el Anteproyecto) regula en cuatro capítulos el tema de la Remuneración y los Beneficios Sociales. En él se ha establecido una regulación minuciosa de estas materias con el objetivo de abordar la dispersión normativa que existe en la legislación laboral peruana vigente, así como la falta de disposiciones legales respecto a ciertos temas que vienen siendo tratados principalmente en la jurisprudencia, tal como analizaremos a continuación.

En lo que se refiere a la remuneración, en el artículo 172° del Anteproyecto se recogen los alcances de la definición establecida en el artículo 6° del TUO del Dec. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), adicionándose la referencia a su carácter contraprestativo y al hecho de que debe generarle al trabajador una ventaja patrimonial, como elementos configuradores.

A su vez, reafirmando los alcances de la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, se precisa que la remuneración debe cumplir con el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor, y se señalan casos específicos de exclusión basados en criterios

1 Abogada por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho con mención en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialización en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca. Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Directora del área laboral del Estudio de los Ríos abogados y de la Revista CAPLAE LABORAL. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

objetivos como la antigüedad, la experiencia laboral, el mérito, el desempeño, el perfil académico o educativo, las cualificaciones o condiciones específicas exigidas para una labor determinada, el lugar de trabajo, la exposición a riesgos, la escasez de oferta de mano de obra calificada para un puesto determinado, debidamente justificados y los que deriven de norma o convenio colectivo, sin que esta relación sea limitativa, ya que se deja abierta la posibilidad de considerar otros parámetros en la medida en que estén debidamente justificados y los que se deriven de norma o convenio colectivo.

En el artículo 173° del Anteproyecto se recoge, en principio, la relación de conceptos no remunerativos establecidos en los artículos 19° y 20° del TUO del Dec. Leg. N° 650, Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), considerándose, asimismo:

- Cualquier costo asumido por el empleador por los gastos de hospitalización, tratamientos o procedimientos médicos, medicinas y otros; o por seguros, planes o de salud, así como el costo de las mayores coberturas del plan de una empresa prestadora de servicios de salud (EPS) y los beneficios de igual índole que se otorguen con ocasión del cese del trabajador o que continúen luego de este.
- Las prestaciones de bienestar social y optimización del clima laboral que facilite el empleador a los trabajadores y sus familiares, sin ánimo contraprestativo, debidamente sustentadas en forma y monto razonables.

Un aspecto muy importante a resaltar es que a diferencia del tratamiento legal actual de estos conceptos no remunerativos que configuran una lista cerrada (artículos 19° y 20° ya reseñados), en el Anteproyecto se ha incluido un inciso que alude la posibilidad de considerar cualquier otro supuesto, en la medida que sea establecido por ley.

En cuanto a la oportunidad de pago de la remuneración, hay una variación importante, ya que en la legislación actual la referencia es a un pago máximo mensual (artículo 8° de la LPCL); sin embargo, en el Anteproyecto se contempla este de manera general, considerándose también la posibilidad de que por norma legal, convenio colectivo o costumbre se regule un plazo distinto. Incluso se precisa que excepcionalmente, los trabajadores de dirección pueden pactar de igual modo una periodicidad de pago distinta.

Se señala, del mismo modo, que la remuneración puede ser establecida por unidad de tiempo, por unidad de obra o en forma mixta, precisándose que en ningún caso puede pagarse una suma inferior a la remuneración mínima correspondiente, de forma proporcional al tiempo de la prestación de servicios brindada, aspecto este último que consideramos muy importante.

Por otro lado, se desarrolla en el artículo 176° del Anteproyecto, la estructura de las remuneraciones, identificándose remuneraciones regulares o complementarias, así como fijas, variables (sufren fluctuaciones en el tiempo debido a factores predeterminados, p. ej., Comisiones y destajo) y ocasionales (pueden generarse o no según se presente la causa que las origina, tales como el sobretiempo y análogas, artículo 177° del Anteproyecto). Al respecto, consideramos que la misma no se encuentra bien estructurada porque las llamadas remuneraciones ocasionales igualmente son variables. En todo caso debió aprovecharse esta oportunidad para considerar una clasificación de remuneraciones en función a la asumida en la Ley de CTS y que igual resulta de aplicación para el caso de Vacaciones por indicación de la norma que regula este beneficio, el Dec. Leg. N° 713, con excepción de las remuneraciones periódicas, o, en todo caso debió establecerse una clasificación de remuneraciones que sea sencilla y asequible a todos, la misma que prevea remuneraciones fijas y variables (por monto y por periodicidad).

En lo relativo al cómputo de remuneraciones o beneficios de periodicidad anual, como las Utilidades, en el artículo 178° del Anteproyecto se estima que se debe considerar un dozavo (1/12) de las remuneraciones variables percibidas en el ejercicio anual respectivo siempre que estas hubieran sido recibidas en seis meses durante los doce meses anteriores, lo que modifica el procedimiento de cálculo actual regulado en el Dec. Leg. N° 892, según el cual las remuneraciones variables percibidas en el ejercicio anual respectivo ingresan de forma completa, sin estar además condicionada dicha incorporación a su percepción en un número determinado de meses.

En el caso de beneficios de periodicidad semestral, como las Gratificaciones Legales de Fiestas Patrias y Navidad, se precisa que ingresará en el cómputo de su remuneración computable un sexto (1/6) de las remuneraciones variables (p. ej., comisiones o destajo) u ocasionales (p. ej. horas extras) percibidas en el semestre respectivo siempre que hubieran cumplido el factor de regularidad (haber sido

percibidos en tres de los seis meses que comprende el semestre respectivo). Con ello se varía, por un lado, el tratamiento legislativo actual sobre el tema de los promedios computables para remuneraciones variables o imprecisas existentes en la actualidad en la Ley N° 27735 y que contempla la suma de todas ellas y su división entre seis o entre el número de meses efectivamente laborados por el trabajador.

Se modifica, a su vez, el tratamiento actual relacionado con la inclusión de las comisiones o destajo en el cálculo de este beneficio, el cual no está sujeto a condicionamiento alguno, al establecerse en el Anteproyecto que estos conceptos deben cumplir con el factor de regularidad (tres en seis), con lo cual se podría generar un perjuicio para los trabajadores en caso no contaran con las percepciones antes reseñadas.

Otro tema importante que se desarrolla en el Anteproyecto es el relacionado con el pago de la remuneración en especie, cuyos alcances encontramos han sido recogidos de lo establecido en el Proyecto de Ley de Productividad y Competitividad Laboral del año 2019. Así, en el artículo 180° del Anteproyecto se señala que las remuneraciones que se otorguen en un monto mayor a la Remuneración Mínima Vital (RMV) pueden pagarse en especie, o en cualquier forma que no implique entrega de dinero, cuando así lo pacten las partes, únicamente en una porción que no supere el treinta por ciento de la remuneración del trabajador. Como se puede apreciar se está estableciendo un límite al pago de este tipo de remuneración que no existe en nuestra legislación actual y cuyos alcances se condicen con el criterio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entidad que considera la posibilidad de efectuar pagos parciales de los salarios en especie, como un complemento al pago en dinero que reciben los trabajadores.

Se precisa, a su vez, por un lado, que la RMV no puede pagarse en especie, lo que constituye una variación en relación con lo señalado en el D.L. N° 14222, norma que regula remuneraciones mínimas, en donde se señala que los pagos en especie serán valorizados y considerados para el cumplimiento de su obligación de pago; y, por otro lado, que en ningún caso es posible el pago de la remuneración en especie por medio de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes o sustancias análogas.

Respecto a la Remuneración Integral Anual (RIA), en el art 8° de la LPCL se contempla, además de la exigencia de un convenio entre la empresa y el

trabajador, que este último debe percibir como mínimo dos Unidades Impositivas Tributarias (UIT) mensuales. En el Anteproyecto se requiere igualmente la celebración de un convenio, añadiéndose que este debe ser registrado ante la AAT y se elimina el requisito de la percepción como mínimo de dos UIT mensuales por parte del trabajador, pero se indica que procede el acuerdo para su establecimiento a condición de que el monto anual de la RIA no sea inferior a 40 UIT.

Se señala, de igual modo, que para la aplicación de exoneraciones o inafectaciones tributarias, se debe identificar y precisar en la remuneración integral el concepto remunerativo objeto del beneficio, es decir se debe disgregar los conceptos que conforman la RIA, recogiendo así lo que en la práctica ya se viene manejando por las empresas, ya que la CTS se encuentra inafecta a todo tipo de aportes, contribuciones sociales e impuestos, mientras que las Gratificaciones Legales de Fiestas Patrias y Navidad están solo afectas al Impuesto a la Renta de quinta categoría.

Se regula también, y esto es una novedad del Anteproyecto (artículo 185°), que por convenio colectivo se puede establecer el pago de un bono no contributivo, que no esté sujeto a aportes previsionales y de salud, ni a tributos a cargo del empleador, ni es considerado para subsidios por enfermedad o similares.

El monto de este bono no puede exceder del veinte por ciento (20%) de la remuneración básica del trabajador registrada en la planilla electrónica. Asimismo, queda prohibido bajo sanción de nulidad toda reducción de remuneraciones practicada por el empleador a fin de sustituir la remuneración que viene otorgando por el bono no contributivo pactado.

En el artículo 239° del Anteproyecto se regula lo relacionado con la protección y privilegios de la remuneración. Como se recordará, de acuerdo con lo establecido en el artículo 648° del Código Procesal Civil, son inembargables las remuneraciones por hasta cinco Unidades de Referencia Procesal, del exceso es embargable la tercera parte (1/3); cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procede hasta el setenta por ciento (70%) del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley.

En el Anteproyecto se menciona que en el caso de deudas comunes el embargo procede hasta una cuarta parte de lo que exceda de 0.5 UIT y después

de aplicar la retención alimentaria, con lo cual se reduce la fracción a aplicar de 1/3 a 1/4. Por otro lado, se establece que la remuneración y los beneficios solo son embargables por obligaciones alimentarias, hasta un máximo de sesenta por ciento (60%), con lo cual, como se puede apreciar, se reduce del mismo modo el porcentaje.

En el Subcapítulo II del Anteproyecto, sobre remuneraciones mínimas, encontramos una variación respecto a su tratamiento legislativo actual. Así, en el artículo 3° del Reglamento del D.L. N° 14222 aprobado por D. S. N° 007 se indica el pago completo de la RMV en la medida en que un trabajador labore cuatro o más horas diarias y si labora menos de cuatro horas diarias el pago se hace en forma proporcional; el Anteproyecto, por su parte, aplica un criterio basado en el tiempo efectivamente laborado y considera que el pago completo de la RMV procede cuando el trabajador labora una jornada ordinaria de trabajo completa, precisándose que se entiende por tal la que se cumple usualmente en la empresa o centro de trabajo. Y que en caso de jornada inferior o de trabajo por horas, la remuneración mínima se abona en forma directamente proporcional al tiempo efectivo trabajado.

96

Se incluye, igualmente, una referencia que ya se venía considerando en aplicación de las normas que regulan la RMV, relacionada con el hecho de que cuando la remuneración es variable, debe garantizarse una cuantía no inferior a la remuneración mínima en una jornada ordinaria de trabajo, lo que implica que, de ser el caso, la empresa tenga que asumir lo que se conoce como complemento de RMV.

También se precisa que forman parte de la remuneración mínima todos los pagos o entregas que tienen naturaleza de remuneración. Teniendo en consideración esta concepción abierta, ingresarían asimismo conceptos tales como las horas extras, lo que importaría una variación del tratamiento legislativo actual ya que en el D.L. N° 14222 se establece que ingresan en su cálculo solo las bonificaciones u otros abonos permanentes y fijos que se paguen en dinero efectivo al trabajador. Reafirma esta precisión lo señalado en el artículo 6° del D. S. N° 007, Reglamento del D. L. N° 14222, en donde se indica que son conceptos no computables para el cálculo de la RMV, las bonificaciones por producción, los recargos que se abonen por jornada nocturna, la retribución por horas extras.

Finalmente, el Anteproyecto ha recogido los alcances del D.S. N° 007 al señalar que las remuneraciones mínimas diferenciadas se pueden determinar en función a características de regiones o áreas del territorio nacional, actividades económicas y el tamaño o condiciones de los empleadores o de las labores. En relación a este tema cabe mencionar que en el año 1989 se dictaron dispositivos legales que crearon remuneraciones e ingresos mínimos con alcances económicos mayores para determinadas actividades como, por ejemplo, los reseñados en la Ley N° 25101, que estableció la Remuneración Mínima del Periodista en tres RMV, o el Ingreso Mínimo Minero creado por el D.S. N° 030-89-TR que establece para los trabajadores comprendidos dentro de sus alcances, el otorgamiento de la RMV más el 25%.

En tal contexto, consideramos que un aspecto que debió tomarse en cuenta en el Anteproyecto es la precisión de si estas remuneraciones mínimas diferenciadas sirven o no como base de cálculo de la Asignación Familiar, debido a que no hay una precisión legislativa al respecto y en la práctica no se las viene considerando, ya que el cálculo de este beneficio se viene efectuando, considerando solamente el monto de RMV.

Sobre la actualización de la RMV se menciona que los reajustes se efectuarán cada dos años mediante decreto supremo por el Poder Ejecutivo con participación del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo conforme a los criterios técnicos, metodología y procedimiento establecidos por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

En cuanto a las Gratificaciones Legales de Fiestas Patrias y de Navidad, en el artículo 192° del Anteproyecto, al hacerse referencia al periodo adquisitivo y las remuneraciones variables que ingresan para el cálculo de este beneficio laboral se ha introducido un cambio que consideramos adecuado.

La Ley N° 27735, en su artículo 4°, establece que “el monto de las gratificaciones para los trabajadores de remuneración imprecisa se calculará en base al promedio de lo percibido en los últimos 6 meses anteriores al 15 de julio o 15 de diciembre”, lo que llevaba en la práctica a que los empleadores tuvieran que considerar para efectos de sacar los promedios respectivos el semestre de enero a junio para el pago de la Gratificación de Fiestas Patrias y junio a noviembre para la Gratificación de Navidad, lo que adolecía de técnica jurídica ya que lo percibido por remuneraciones variables en el mes de junio ingresaba para el

cálculo de la Gratificación de Fiestas Patrias y para la de Navidad, mientras que el mes de diciembre quedaba sin considerar.

El Anteproyecto, en su artículo 192°, establece que el periodo adquisitivo y las remuneraciones variables y ocasionales se computan de enero a junio y de julio a diciembre respectivamente. Señalando, además, que en este último caso el pago de la parte correspondiente al último mes (la referencia es al mes de diciembre) tiene carácter de adelanto y debe ser objeto de compensación o reajuste al término de dicho mes.

Encontramos, del mismo modo, una precisión en el Anteproyecto que consideramos importante, relacionada a si el cálculo de este beneficio se debe hacer en base a meses completos o incluso considerando los días que pudiera haber laborado el trabajador en el semestre respectivo, ya que respecto a este tema existen dudas en la práctica en las empresas derivadas de las divergencias existentes entre lo señalado en la Ley N° 27735 y su Reglamento aprobado por D. S. N° 005-2002-TR. En este contexto, se ha contemplado que en caso un trabajador hubiera laborado en forma parcial o incompleta dentro del periodo adquisitivo, la gratificación se abona en monto proporcional a los meses y días trabajados, precisión que consideramos necesaria y adecuada.

98

Sobre la Asignación Familiar, el Anteproyecto indica que le corresponde al trabajador con uno o más hijos menores de edad o que cursan estudios superiores y hasta la edad máxima de 24 años. Sin embargo, debemos tener en cuenta que de acuerdo a lo establecido en el artículo 2° de la Ley N° 25129, Ley de Asignaciones Familiares, modificado por el artículo único de la Ley N° 31600, también tienen derecho a percibir esta asignación los trabajadores que tengan uno o más hijos, mayores de 18 años, con discapacidad severa, debidamente certificada de conformidad con lo normado por la Autoridad Nacional de Salud, salvo que perciban la Pensión No Contributiva por Discapacidad Severa establecida por la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad. Por tanto, los alcances del artículo 194° del Anteproyecto bajo comentario deben ser modificados a efectos de adecuarlos al texto actual de la Ley N° 25129.

Un aspecto nuevo que contempla el Anteproyecto acerca de la Asignación Familiar es la referencia a que puede otorgarse en un solo pago anual, en el mes de febrero de cada año (disposición no considerada en la Ley N° 25129 ni en su reglamento aprobado por D. S. N° 035-91-TR) o en pagos mensuales.

Además, se señala que para quien percibe menos de la RMV por no trabajar la jornada ordinaria completa, la Asignación Familiar es equivalente al diez por ciento de su remuneración, tratamiento que es también una novedad, ya que, a la fecha, en el caso de trabajadores con contrato de jornada parcial inferior a cuatro horas diarias (y que perciben una remuneración inferior a la RMV) ellos tienen derecho a percibir la Asignación Familiar legal en forma completa (10% de la RMV).

Por otro lado, en materia de CTS el gran cambio que introduce el Anteproyecto es que este beneficio no se va a manejar a través de depósitos semestrales en las instituciones bancarias o financieras, sino que el 8.33 por ciento de lo percibido por el trabajador en cada mes (incluyendo el total de las remuneraciones fijas, variables y ocasionales pagadas) va a ser depositado mensualmente por el empleador (dentro de los cinco primeros días del mes siguiente). Frente a esta disposición la pregunta que corresponde hacerse es, ¿qué es lo que se busca con esta medida: garantizar que las empresas hagan los pagos mes a mes, que el trabajador gane más rentabilidad con ello? Consideramos que este tema debe ser objeto de revisión ya que con dicho cambio se desnaturalizaría la naturaleza jurídica de este beneficio la cual es ser un monto que el trabajador pueda disponer al término de la relación laboral con el objeto de que pueda paliar la pérdida de sus ingresos económicos.

Otro cambio importante que se menciona en el Anteproyecto relativo a este tema es que la CTS que se devengue al cese por periodo inferior a un mes (la referencia actual es a un periodo inferior a seis meses), será pagada directamente al trabajador dentro de las 48 horas de producido el cese, con efecto cancelatorio, computándose sobre la remuneración vigente a la fecha de cese. En consecuencia, dentro de estos alcances, si un trabajador cesa y tiene una CTS devengada por un periodo de un mes o más, la empresa no efectuaría su pago directamente en la liquidación, sino que tendría que depositar el monto correspondiente en la entidad financiera respectiva.

En el tema de la participación en las utilidades de la empresa, la base de cálculo de este beneficio, según se contempla en el Dec. Leg. N° 892, es la renta anual antes de impuestos después de compensar pérdidas de ejercicios anteriores. En el Anteproyecto se establece como límite a la compensación antes reseñada el 50 por ciento de dichas pérdidas.

Sobre el tope a la distribución de utilidades, en el Dec. Leg. N° 892 se establece en 18 sueldos por trabajador mientras que en el Anteproyecto dicho tope se reduce, disponiéndose que la participación individual en las utilidades no puede exceder de 12 veces la remuneración ordinaria mensual; sin embargo, y este es un aspecto importante que redundaría en beneficio del trabajador, se contempla que el exceso resultante en cada caso individual se incorpora, como aporte adicional con fin previsional, en la cuenta individual de capitalización que el trabajador posea en la administradora privada de fondos de pensiones (AFP) a la que esté afiliado. De no estar afiliado a ninguna, se incorpora a su depósito de CTS como una porción independiente, de carácter no disponible y absolutamente intangible.

En relación a ese tema, se establece, asimismo, otro límite indicándose que ningún trabajador puede recibir, como participación, un monto mayor a 15 veces la de otro trabajador que haya laborado igual número de horas ordinarias en el respectivo ejercicio. El exceso acrecienta la masa y se redistribuye con base en la misma forma que la participación inicial.

100

Un aspecto importante a comentar es que en la legislación actual no está previsto que los trabajadores de terceros reciban utilidades de la empresa principal o usuaria; no obstante, en el Anteproyecto sí se les otorga este derecho, señalándose que para efecto del cálculo de la participación de utilidades, la empresa principal deberá considerar a todos los trabajadores desplazados por la empresa de tercerización, siempre que cumpla con un tiempo mínimo de desplazamiento equivalente a 240 horas o 30 días calendario, consecutivos o no, en un semestre.

En relación al Seguro de Vida Ley, en el Anteproyecto (artículos 195° y siguientes) en principio se recogen los alcances del Dec. Leg. N° 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, al contemplarse que el seguro de vida es de grupo o colectivo y se toma en beneficio del cónyuge o conviviente a que se refiere el artículo 326° del Código Civil y de los descendientes, solo a falta de estos, corresponde a los ascendientes y hermanos menores de 18 años. Sin embargo, se contempla, adicionalmente, que a falta de las personas antes mencionadas será beneficiario de la póliza la persona a quien el trabajador designe por declaración jurada con firma legalizada, lo que constituye una novedad puesto que estos alcances no se encontraban regulados en la norma antes reseñada.

Respecto a los montos del beneficio, son los mismos que los comprendidos en el Dec. Leg. N° 688, pero establecidos en base a la remuneración mensual del trabajador, esto es: 16 remuneraciones mensuales en caso de fallecimiento natural del trabajador; 32 remuneraciones mensuales en caso de fallecimiento por causa de accidente; 32 remuneraciones mensuales, que serán abonadas directamente al trabajador o, por impedimento de él, a su cónyuge o conviviente, curador o apoderado especial, en caso de invalidez total y permanente.

En todos los casos, el cómputo de las remuneraciones variables u ocasionales se determina en función de los últimos 12 meses de servicios, a diferencia de la normativa actual que contempla en el caso de comisiones los últimos tres meses.

En cuanto al tema de la oportunidad de pago de la remuneración en caso de cese, encontramos una variación con el tratamiento actual del pago de beneficios laborales en la liquidación del trabajador, el cual debe efectuarse dentro de las 48 horas de su cese. En el Anteproyecto bajo comentario se establece que los beneficios derivados de la terminación de la relación de trabajo y, en general, toda obligación económica pendiente a favor del trabajador, deben ser pagados dentro de los cinco días de producido el cese.

En tal sentido, entendemos que esta ampliación de plazo permite que la empresa tenga un lapso mayor de tiempo para gestionar la liquidación y pago de beneficios laborales; no obstante, vemos que, desde el punto de vista del trabajador, esta extensión no le va a resultar favorable.

LA REMUNERACIÓN Y LOS BENEFICIOS SOCIALES EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO

JAVIER H. ESPINOZA ESCOBAR¹

Antes de analizar las disposiciones incorporadas en el capítulo correspondiente a la remuneración y los beneficios sociales del Anteproyecto del Código de trabajo, es importante tener en cuenta una cuestión que marcará la vigencia efectiva del Código de trabajo, en caso sea aprobado: el elevado índice de informalidad laboral del Perú². Tal cuestión generará que el Código de Trabajo se convierta en el código de los trabajadores del sector formal; esto es, de un mínimo de trabajadores subordinados, manteniendo al resto de trabajadores en la misma o peor situación que la que se encuentran actualmente.

Es necesario, por tanto, adoptar políticas públicas y medidas de diversa índole que, junto con la aprobación del anteproyecto, contribuyan a la inserción del mayor número de trabajadores al sector formal; y, por tanto, a una efectiva y mayor vigencia de los derechos y beneficios sociales que en él se reconozcan.

En el presente anteproyecto, la remuneración y los beneficios sociales se han regulado de manera detallada, buscando cubrir el problema de dispersión normativa, característico del ordenamiento laboral peruano actualmente vigente, así como la ausencia de disposiciones normativas sobre ciertas cuestiones que

1 Profesor e Investigador. Docente de la Facultad de Derecho, Universidad San Ignacio de Loyola. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9906-0526>.

2 De acuerdo con el INEI, en el año móvil abril 2021-marzo 2022, la tasa de empleo informal del país, fue de 76.1%, siendo que la tasa de informalidad en el área urbana alcanzó el 70.6% y en el área rural el 95.3%. Instituto Nacional de Estadística e Informática (2022). Informe Técnico: Comportamiento de los indicadores de mercado a nivel nacional, 2, p. 17. Ubicado en <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/02-informe-tecnico-empleo-nacional-ene-feb-mar-2022.pdf>.

han sido abordadas, más bien, por la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

LA REMUNERACIÓN

En primer lugar, cabe señalar que la remuneración, tal y como está contemplada en el anteproyecto, continúa siendo un elemento configurador del contrato de trabajo. Así se refleja en el artículo 1° del anteproyecto en el que se define al contrato de trabajo. Asimismo, se lo considera un derecho del trabajador y, consecuentemente, una obligación del empleador, tal como se refleja en los subcapítulos correspondientes.

El pago puntual e íntegro de la remuneración, así como los demás beneficios que le corresponden, constituye un derecho de los trabajadores en toda relación de trabajo (artículo 42°, numeral 6).

Aunque no solo referido a la remuneración y beneficios sociales, se incorpora en el artículo 42, numeral 10 del anteproyecto, el derecho de los trabajadores a ser informados sobre sus derechos, beneficios, obligaciones y condiciones de trabajo, en particular aquellas que puedan significar algún riesgo sobre su salud física o mental.

Obviamente, es importante que el trabajador sepa cuál es su sueldo, cómo se estructura, cuáles son sus elementos configuradores y las condiciones para su percepción. Esta disposición hace eco de lo regulado en el artículo 14 del Convenio 95 de la OIT, sobre la protección del salario³, no ratificado por el Perú, pero que debe servir como referencia para aquellas normas que regulan la materia salarial. Con ello se busca asegurar que el trabajador “tenga la posibilidad real de acceder y conocer la información relacionada con los salarios y los diversos mecanismos de protección que cada legislación nacional ha establecido internamente”⁴.

3 Este Convenio, entre otras cuestiones, reconoce el deber de información relacionada con los salarios y busca garantizar que los trabajadores, de forma apropiada y fácilmente comprensible, conozcan las condiciones de salarios que le son aplicables, los elementos que conforman el salario en el periodo correspondiente, la legislación en la que se sustenta el pago del salario, antes de incorporarse al empleo o cuando se produzca una modificación en el mismo.

4 Espinoza, Escobar, J. (2019) Convenio sobre la protección del salario 1949 (núm. 95).

Desde el lado del empleador, se reconoce la obligación de pagar la remuneración y los beneficios sociales, en la oportunidad y monto que corresponda (artículo 54, numeral 4). El incumplimiento de esta obligación se considera un acto de hostilidad equiparable al despido. En ese sentido, se mantiene en el anteproyecto la institución de los actos de hostilidad como mecanismo de protección del derecho a la remuneración (artículo 149, numerales 1 y 2⁵) permitiendo que el trabajador opte por solicitar ante el juez el cese de los actos de hostilidad o el pago de la indemnización por despido arbitrario (artículo 154).

LOS PRINCIPIOS DEL ORDENAMIENTO LABORAL APLICABLES A LA REMUNERACIÓN

Si bien el Título III del anteproyecto que regula la Remuneración y los beneficios sociales no recoge principios aplicables a la remuneración, salvo el de igual remuneración por trabajo de igual valor (artículo 172), es necesario analizar otros principios que, de forma directa o indirecta, contribuyen a informar las disposiciones sobre remuneración y beneficios sociales y facilitan su aplicación e interpretación. Estos se encuentran recogidos en el título preliminar del anteproyecto (artículo IX).

El principio de irrenunciabilidad de derechos (artículo IX, numeral 3) tiene una importancia capital en cualquier situación relacionada con la remuneración y los beneficios sociales en la medida que estos sean derechos nacidos de norma imperativa. Por tanto, se aplicará con total virtualidad a efectos de declarar nulo cualquier acto de disposición de los derechos de contenido económico efectuado por el trabajador.

El principio de la condición más beneficiosa viene a completar la protección de los derechos de contenido económico del trabajador, aunque en este caso,

Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 7, N°. extraordinario (Ejemplar dedicado a: Conmemoración del Centenario de la OIT), p. 830. Ubicado en https://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/762.

- 5 Artículo 149: actos de hostilidad. “Son actos de hostilidad equiparables al despido sin causas justificada:
1. La reiterada falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente acreditadas por el empleador.
 2. La rebaja de categoría y la reducción de la remuneración sin consentimiento expreso del trabajador, salvo el caso de las remuneraciones complementarias sujetas a condición.”

los precedentes de actos no normativos del empleador, acuerdos, concesiones unilaterales o consolidación por el transcurso del tiempo. Como lo señala el artículo IX, numeral 4 del título preliminar del anteproyecto, se utiliza para conservar las ventajas alcanzadas con el tiempo a partir de contratos, concesiones unilaterales no normativas o consolidaciones frente a normas que las supriman o rebajen, salvo acuerdo de partes. Este último fragmento va a tener un rol muy importante en materia remunerativa, pues establece los requisitos para la aplicación del principio, al exigir que se trate de un supuesto de sucesión peyorativa en el que la norma posterior (entendida en el sentido más amplio) no puede afectar los derechos adquiridos por el acto no normativo primigenio, “debiendo mantenerse los derechos nacidos por este último”⁶.

También se debe resaltar el principio de igualdad de trato, de oportunidades y no discriminación, salvo causa justa objetiva y razonable (Artículo IX, numeral 5 del título preliminar). Este principio tiene una concreta manifestación en el ámbito de la remuneración y beneficios sociales: el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor que sí ha sido considerado por el anteproyecto. Este último tiene antiguo reconocimiento como consecuencia de la ratificación por el Perú del Convenio 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración (1951)⁷ el 1 de febrero de 1960. Luego, este principio fue introducido legislativamente, a través del artículo 1 de la Ley 30709 (de 27 de diciembre de 2017) que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres y su reglamento (aprobado por Decreto Supremo N°002-2018-TR, de 8 de marzo de 2018)⁸, como principio de igual remuneración por igual

6 TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (1993). Principio de condición más beneficiosa: manifestaciones y límites en el ordenamiento peruano. *Derecho & Sociedad*, (7), p. 43. Ubicado en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14269>.

7 Convenio 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración (1951), artículo 1 (b): “la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”.

8 No obstante, debe tenerse en cuenta que, mediante Ley 28897, de 16 de marzo de 2007, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres se estableció como lineamientos de políticas, planes y programas del Poder ejecutivo, gobiernos regionales y locales: “(...) f. Garantizar el derecho a un trabajo productivo, ejercido en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, incorporando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, entre mujeres y hombres, en el acceso al empleo, en la formación, promoción y condiciones de trabajo, y en una idéntica remuneración por trabajo de igual

trabajo. No obstante, es posible establecer diferencias remunerativas, siempre y cuando existan criterios objetivos que sustenten esas diferencias: la antigüedad, la experiencia y/o el participar o no de una negociación colectiva. En suma, una serie de condiciones objetivas que - frente a un trabajo realizado en un mismo puesto - le generen a una persona mayor remuneración que a otra.

Finalmente, también se encuentra reconocido el principio de primacía de la realidad. En relación con la remuneración, sirve para determinar, por ejemplo, si un concepto que el trabajador percibe es o no remunerativo, en función de lo que ocurre en la realidad y no en base a lo que los documentos precisen. Téngase en cuenta que el principio es lo suficientemente versátil y de amplia aplicación para determinar, “dentro de una relación laboral correctamente entablada, situaciones que formalmente aparecen de una manera cuando en la práctica son otra cosa”⁹.

REGULACIÓN ESPECÍFICA SOBRE REMUNERACIÓN Y BENEFICIOS SOCIALES

A continuación, nos referiremos a algunas cuestiones propuestas en el anteproyecto de código de trabajo, tanto en relación con la remuneración como los beneficios sociales. En este caso, a las que nos parecen más resaltantes.

El título tercero del libro primero del anteproyecto aborda la relación individual de trabajo, regulando de forma específica el tema de la remuneración y los beneficios sociales. Se plantea todo un conjunto de disposiciones que tienen que ver con la remuneración y, posteriormente, se desarrollan los cinco beneficios sociales de contenido económico y de carácter legal, actualmente existentes en el ordenamiento peruano: gratificaciones, asignación familiar, compensación por tiempo de servicios, seguro de vida y participación en utilidades. En este anteproyecto se compendia en un solo texto legislativo la regulación de dichos beneficios sociales, con algunas modificaciones a la actual y dispersa regulación.

valor. Se incluye entre los derechos laborales la protección frente al hostigamiento sexual y la armonización de las responsabilidades familiares y laborales”.

- 9 LORA ÁLVAREZ, G. y ÁVALOS RODRÍGUEZ, B. (2009). Del dicho al hecho: límites a la aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo. *Ius et veritas*, 19(38), p. 163. Ubicado en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12197>.

El concepto de remuneración es similar al establecido en el artículo 6 de la vigente Ley de Productividad y Competitividad (en adelante, LPCL). Sin embargo, además de la libre disponibilidad se incorpora su carácter contraprestativo y el de ventaja patrimonial como elementos configuradores.

Innumerables pronunciamientos judiciales se han referido al carácter contraprestativo de la remuneración¹⁰, a la libre disponibilidad y al carácter de ventaja patrimonial¹¹. Así, tendrán carácter remunerativo todos aquellos conceptos percibidos por el trabajador en virtud de un contrato de trabajo, “por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”¹². En suma, se incluye dentro de la remuneración a todos los conceptos que el trabajador perciba y a cualquier ingreso que el ordenamiento legal le confiera cualidad remunerativa. Este concepto será aplicable para todo efecto legal, con la exención de la regulación sobre el impuesto a la renta que, tal como ocurre a la fecha, se sigue rigiendo por sus propias normas.

En el artículo 173 del anteproyecto se recogen los conceptos no remunerativos, en una lista casi similar a la que actualmente se precisa en el artículo 19 de la Ley de Compensación por tiempo de servicios. Se adicionan cuatro nuevos numerales a esta clasificación que incluyen las primas, deducibles, copagos y cualquier costo asumido por el empleador por los gastos de hospitalización, tratamientos o procedimientos médicos, medicinas y otros, o por seguros, pla-

-
- 10 Entre otros, la casación laboral N°10526-2019-Callao, de 7 de julio de 2021, considerando quinto: “La remuneración es todo pago en dinero y excepcionalmente en especie, que percibe el trabajador por los servicios efectivamente prestados al empleador o por haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del mismo. El concepto de remuneración comprende no sólo la remuneración ordinaria sino todo otro pago que se otorgue cualquiera sea la forma o denominación que se le dé, salvo que por norma expresa se le niegue tal calidad.” También, la casación laboral N°16514-2016-Lima, de 13 de enero de 2017, considerando décimo primero: “Que del concepto de remuneración contenido en las citas legales señaladas precedentemente, se advierte como elementos que identifican su carácter remunerativo: i) el ser percibida por el trabajador como consecuencia de la puesta a disposición de su fuerza de trabajo; ii) el de constituir una ventaja patrimonial al incrementar directa o indirectamente el patrimonio del trabajador; y iii) el de ser de libre disponibilidad para el trabajador”.
- 11 Por ejemplo, la casación laboral N°2510-2016-Lima, de 9 de mayo de 2017, considerando décimo cuarto: “La condición remunerativa o no remunerativa de un determinado concepto económico se determinará en función a si ésta constituye o no una ventaja patrimonial para el trabajador, es de su libre disposición y sea otorgada regularmente, salvo que por norma expresa no tenga tal naturaleza”.
- 12 Convenio 95 de la OIT, sobre protección del salario (1949), artículo 1.

nes o programas -individuales o colectivos- de salud, contra accidentes, vida, sepelio y similares, en favor del trabajador, sus familiares o los beneficiarios que este señale; así como el costo de las mayores coberturas del plan de una entidad prestadora de salud (EPS) y los beneficios de igual índole que se otorguen con ocasión del cese del trabajador o que continúen luego de este.

Se incluye también las prestaciones de bienestar social y optimización del clima laboral que facilite el empleador a los trabajadores y sus familiares, sin ánimo contraprestativo, vinculadas con el acceso a actividades, promociones, campañas, bienes, servicios o facilidades de salud educación, cultura, deporte, recreo, integración, esparcimiento u otros, en beneficio de la generalidad de sus trabajadores, debidamente sustentadas en forma y monto razonables. Se incorpora a las indemnizaciones establecidas por ley. Finalmente, se deja abierta la puerta para incluir como conceptos no remunerativos, otros supuestos que señale la ley.

En el artículo 174 del anteproyecto se determina la cuestión de la oportunidad de pago, no prevista por la LPCL y a la fecha contemplada en distintas normas. La regla general será que el pago tenga una periodicidad mensual. Evidentemente, se reconoce la posibilidad legal, convencional o por costumbre, de que se regule un plazo distinto.

En el artículo 175 del anteproyecto se regulan las formas de determinación de la remuneración: por unidad de tiempo o de obra, por comisión, por destajo o de forma mixta. En todo caso, cobra vigencia el principio protector, puesto que, en ningún caso, sea cual fuere la forma de determinación de la remuneración, puede pagarse una suma inferior a la remuneración mínima correspondiente, de forma proporcional al tiempo de la prestación de servicios brindados.

También se regula en el artículo 176, la estructura de la remuneración. Se identifica una remuneración regular o complementaria; así como remuneraciones fijas, variables u ocasionales. Se exige un criterio de objetividad, sin discriminación y predeterminación (sobre todo para la remuneración variable y ocasional). Aquí también se manifiesta el principio protector a favor del trabajador, pues cuando se trata de remuneraciones variables u ocasionales, debe garantizarse el pago al trabajador de una cuantía no inferior a la remuneración mínima correspondiente, de forma proporcional al tiempo de la prestación de servicios

brindada. Esto resulta adecuado para asegurar - al margen de la variabilidad - la percepción de un ingreso económico a los trabajadores, con suficiencia y equidad.

Se regula de forma expresa, además de la remuneración en dinero, la remuneración en especie (artículo 180 del anteproyecto). En el caso de la remuneración en especie, procede para remuneraciones mayores a la mínima, siempre que sea objeto de pacto entre las partes y no supere el límite del 30% de la remuneración del trabajador. En este sentido, el establecimiento del límite respeta el principio de la OIT según el cual, “el pago parcial de los salarios en especie solo puede complementar el pago en efectivo y de ninguna manera reemplazarlo”¹³.

No puede pagarse en especie la remuneración mínima vital. Además, la remuneración en especie - aclara el anteproyecto - debe ser apropiada y útil para el uso personal del trabajador y familia, dejando aclarado que no se puede pagar en sustancias psicotrópicas, con bebidas alcohólicas, etc. Esta disposición se encuentra en consonancia con el artículo 4 del Convenio 95 de la OIT que contempla los pagos en especie¹⁴. Por otro lado, la propuesta de norma considera que deben valorarse razonablemente los bienes que se entregan con el pago en especie y que, en todo caso, hay un mecanismo para valorizarlos cuando no existe acuerdo.

Se regula también de la alimentación principal (artículo 181 del anteproyecto) y la entrega de un uso de vivienda (artículo 182 del anteproyecto) como conceptos remunerativos, salvo que constituyan necesidad ineludible por la naturaleza de las labores y deban formar parte de las condiciones de trabajo.

13 Organización Internacional del Trabajo (2003). Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario, 1949, Conferencia Internacional del Trabajo, 91a Reunión, § 7, p. 68. Ubicado en [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2003-91\)361.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2003-91)361.pdf).

14 Convenio 95 de la OIT, sobre protección del salario (1949), artículo 4.

1. “La legislación nacional, los contratos colectivos o los laudos arbitrales podrán permitir el pago parcial del salario con prestaciones en especie en las industrias u ocupaciones en que esta forma de pago sea de uso corriente o conveniente a causa de la naturaleza de la industria u ocupación de que se trate. En ningún caso se deberá permitir el pago del salario con bebidas espirituosas o con drogas nocivas.
2. En los casos en que se autorice el pago parcial del salario con prestaciones en especie, se deberán tomar medidas pertinentes para garantizar que:
 - a. las prestaciones en especie sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, y redunden en beneficio de los mismos;
 - b. el valor atribuido a estas prestaciones sea justo y razonable”.

En consonancia también con pronunciamientos jurisprudenciales¹⁵, se ha precisado en el artículo 183 del anteproyecto que, si la empresa asume el pago del impuesto a la renta o el aporte para pensiones, o en general, cualquier gravamen obligatorio de cargo del trabajador, constituye remuneración el monto bruto que hubiera correspondido si las retenciones se efectuaran directamente al trabajador.

En cuanto a la remuneración mínima vital se regula un aspecto no previsto a la fecha en el ordenamiento peruano, al establecer que el salario mínimo se pagará proporcionalmente cuando el tiempo efectivo de trabajo sea inferior a la jornada laboral ordinaria completa dentro de una empresa. En relación con lo mencionado, si la remuneración es variable se deberá garantizar una remuneración mínima por jornada (artículo 187 del anteproyecto). En ese sentido, se considera una regulación justa y equitativa, la referida a la proporcionalidad del pago de la remuneración mínima vital teniendo en cuenta el criterio objetivo del tiempo efectivamente trabajado.

Sobre la actualización del salario mínimo se dice que los reajustes tendrán lugar cada dos años, mediante un proceso de diálogo social - con participación del Consejo Nacional del Trabajo - que le permitirá al Poder Ejecutivo fijar el monto. El acuerdo alcanzado se aplicará siempre a partir del 1° de enero del año siguiente al Decreto Supremo que lo apruebe. Por ende, cualquier cambio a la remuneración mínima vital se hará efectivo al cambiar el año y será posible plantear remuneraciones mínimas diferenciadas, algo ya recogido en el ordenamiento jurídico peruano (artículo 189 del anteproyecto).

En cuanto a las gratificaciones de fiestas patrias y navidad, se precisa que, tanto la proporcional como la trunca, serán calculadas en base a meses y días trabajados, lo que no ocurre hoy así (artículo 193 del anteproyecto).

Sobre la asignación familiar, existe la novedad de que podrá otorgarse en un solo pago anual en el mes de febrero o como viene sucediendo a través de pagos

15 Por ejemplo, la casación laboral N°16514-2016-Lima, de 13 de enero de 2017, considerando décimo segundo: “El pago por impuesto a la renta que es asumido en forma directa por el empleador, en la medida que constituya un mayor ingreso para el trabajador y sea de su libre disposición, constituye una forma de remuneración indirecta al trabajador por la prestación de sus servicios y por lo tanto deberá ser tomado en cuenta para el cálculo de sus beneficios sociales. Este criterio, además, constituye doctrina jurisprudencial.

mensuales. El monto de la asignación familiar equivale al 10% de la remuneración mínima, por cada mes, sin que se exija mes efectivamente laborado. Con ello, queda claro que el beneficio se percibirá en su totalidad, haya laborado o no de manera efectiva el trabajador en el mes que corresponda percibirlo.

Por otro lado, y en una medida que nos parece perjudicial para los trabajadores, se precisa en la mencionada disposición que quien perciba menos de una remuneración mínima por trabajar menos horas recibirá una asignación familiar equivalente al 10% de su salario (Artículo 194 del anteproyecto). En este caso, consideramos perjudicial y contrario a lo que, actualmente se reconoce. Ya la autoridad administrativa de trabajo ha indicado que el pago de la asignación familiar obedece a “una situación de orden social antes que a una consecuencia contraprestativa; resultando por ende innecesario la existencia de un determinado tiempo laborado para ser asistido por este derecho”¹⁶.

Se regula el seguro de vida (artículo 195 y ss del anteproyecto) ratificándose que el derecho corresponde a cualquiera que ostente la calidad de trabajador, desde el inicio de la relación laboral, sin diferenciar entre trabajadores con contrato a plazo fijo o a plazo indefinido.

112

La compensación por tiempo de servicios se regula a partir del artículo 205 del anteproyecto. Como novedad se plantea un depósito mensual equivalente al 8,33% de lo percibido por el trabajador en cada mes, aunque no se deposita junto con la remuneración mensual del trabajador (en caso esa sea la forma de pago determinada) sino dentro de los cinco primeros días del mes siguiente.

Se mantiene el carácter de inembargable de la compensación por tiempo de servicios, con excepción de que exista una deuda por alimentos y elevándose el tope máximo a embargar del 50% al 60%. Se vuelve a insistir en que la CTS es intangible, pues solo podrá cobrarse al cese del trabajador. Esto dependerá

16 Resolución de superintendencia N° 232-2021.SUNAFIL/ILM/SIRES de 15 de marzo de 2021, fundamento jurídico 20: “De ese modo, resulta innegable que el concepto de asignación familiar responde a una situación de orden social antes que a una consecuencia contraprestativa; resultando por ende innecesario la existencia de un determinado tiempo laborado para ser asistido por este derecho. Por ello, se afirma que la asignación familiar no se encuentra sujeta a ningún descuento. Entonces, bastará al trabajador acreditar la titularidad del derecho, lo que se logra poniendo en conocimiento del empleador el hecho de encontrarse al cargo de hijos menores o mayores que cursen estudios superiores, a fin de que este le sea otorgado íntegramente y se tome en consideración para el cálculo de beneficios sociales”.

mucho de las situaciones que se presenten y de la legislación que se dicte para ordenar la disponibilidad de este beneficio social, que todavía pretende ayudar en las contingencias del desempleo y, llegado el caso, perdería sentido la finalidad para la cual fue creado.

En cuanto a la participación en las utilidades (regulada a partir del artículo 222 y ss del anteproyecto), los porcentajes de participación sufrirían modificaciones, según la actividad (industriales, pesqueras y de telecomunicaciones en 10%; empresas mineras, comercio al por mayor y menor y restaurantes en 8%; empresas que realizan otras actividades en 5%). Se incluye a las empresas agrarias con unos porcentajes que irán variando con los años: 5% entre 2021 y 2023; 7,5% entre 2024 y 2026; y 10% a partir de 2027. Una cuestión novedosa tiene que ver con el derecho de los trabajadores que prestan servicios de tercerización a una empresa principal a participar de las utilidades de las empresas principales (artículo 234 del anteproyecto), previo cumplimiento de unas exigencias de tiempo de desplazamiento mínimo (equivalente a 240 horas o 30 días calendario, consecutivos o no, en un semestre). Se plantea también que la empresa de tercerización integre el monto que reciba de otras empresas principales a las que brinda servicios y a la participación generada por sus propias utilidades.

Se proponen reglas relacionadas con el pago directo y personal de la remuneración, beneficios y derechos económicos en día laborable y en el centro de trabajo. También a través del sistema bancario, con la condición de que el trabajador pueda disponer de inmediato y sin costo alguno del depósito efectuado. También se regula el pago a representante con poder específico, siempre que se trate de padre o madre, cónyuge o conviviente, hijo o hermano del trabajador o persona designada como apoyo con facultades de representación y que sean mayores de edad (artículo 235 del anteproyecto).

Si de beneficios sociales hablamos o de cualquier obligación económica derivable de la extinción de la relación laboral, el anteproyecto amplía el plazo de pago de dos a cinco días de producido el cese. Otra novedad particular es que, si no son cobrados en tiempo y forma, el empleador deberá consignarlos dentro de los dos días posteriores a la fecha límite original ante la autoridad administrativa de trabajo (artículo 236 del anteproyecto), procedimiento cuya viabilidad práctica todavía está por verse.

En relación con la protección de la remuneración y los beneficios sociales, el anteproyecto regula las cuestiones vinculadas con la intangibilidad y embargabilidad, así como con la reducción de la remuneración y los descuentos que pueden efectuarse sobre las remuneraciones. De acuerdo con el artículo 239 del anteproyecto, se mantiene la actual regulación que establece la intangibilidad de la remuneración y beneficios sociales. Como afirman Espinoza y Delgado¹⁷, la intangibilidad es “una garantía frente a las situaciones en las que se afecta o reduce la remuneración”. Afectar la remuneración significa “imponer un gravamen u obligación sobre aquella a fin de satisfacer o garantizar un derecho ajeno”: A partir de lo antes mencionado queda claro que sí es posible el embargo por deudas alimentarias hasta por el máximo del 60%. En el caso de deudas comunes, se plantea la posibilidad de embargo de hasta una cuarta parte (1/4) de lo que exceda de media UIT y después de aplicar la retención alimentaria, de ser el caso.

Se recoge en el artículo 240 del anteproyecto la prohibición de reducción directa o indirecta de la remuneración, salvo acuerdo expreso y escrito con el trabajador, no pudiendo afectar este pacto a las remuneraciones otorgadas por una norma imperativa de origen legal o convencional ni tener efecto retroactivo. Tampoco es válida la reducción unilateral directa o indirecta de la remuneración, ni siquiera la que se base en una causa objetiva y justificada, como ha venido reconociendo de forma excepcional la jurisprudencia, cuando se expresen “los motivos por los que así se procede (por ejemplo, garantizar la estabilidad y el equilibrio económicos del Estado o en su caso de una empresa) o se invoque la ley que la justifique”¹⁸.

17 ESPINOZA ESCOBAR, J. y DELGADO PÉREZ, G. (2015). Sobre el carácter intangible de la remuneración y los límites a la afectación de la remuneración. A propósito de la STC 00422-2013-PA/TC. *Ius*, revista de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 10, pp. 1-11. Ubicado en <http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-II/paper09.pdf>.

18 Entre otras, a través de la casación laboral N° 22393-2017-Lima, de 4 de diciembre de 2019, considerando décimo primero, “Es importante indicar que la reducción de la remuneración es excepcional si es una medida extraordinaria, que tiene lugar en contextos especiales y eventuales. Es razonable si respeta determinados límites de proporcionalidad, de manera tal que no suponga una disminución significativa ni arbitraria de la remuneración. Debe precisarse que la posibilidad de reducción de las remuneraciones se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, y esta puede ser consensuada o no consensuada”. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 02020-2012-PI/TC, de 16 de abril de 2014, caso Ley de Reforma Magisterial, fundamentos jurídicos 42-43.

En este sentido, consideramos que esta prohibición absoluta no se condice con la realidad económica productiva ni con la realidad de la existencia y actuación -y por tanto real fuerza- de los sindicatos en el Perú, asumiendo que se quiere privilegiar la reducción consensuada de la remuneración. En todo caso, es importante fijar criterios mínimos que - en situaciones excepcionales - autoricen la disminución unilateral de la remuneración, basada en causa objetiva, demostrable y con carácter temporal. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano el contenido esencial del derecho a la remuneración abarca -entre otros elementos- la “no privación arbitraria, como reflejo del acceso en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada”¹⁹. Bajo la misma razón y teniendo en cuenta el principio de razonabilidad, consideramos factible la posibilidad de la reducción unilateral bajo los criterios antes mencionados.

En el tema de los actos de hostilidad se ha pasado de la reducción inmotivada de la remuneración que contempla el artículo 30 literal b) de la LPCL (que llevó a la Corte Suprema y al Tribunal Constitucional a un sinnúmero de sentencias sobre el particular interpretando que sí era posible la reducción unilateral motivada, como ya se señaló), a establecer que el acto de hostilidad se configurará cuando se reduzca la remuneración sin consentimiento expreso del trabajador.

COMENTARIOS DE CIERRE

Compendiar las disposiciones más importantes vinculadas con la remuneración es un paso importante que merece ser saludado. También lo es el hecho de que de alguna manera este anteproyecto contemple y respete las disposiciones del Convenio 95 de la OIT, sobre la protección del salario a pesar de no haber sido ratificado por el Perú.

También existen otras cuestiones que por fin han merecido una regulación más detallada, como pasa con la regulación del pago en especie; sea porque se ha establecido un porcentaje máximo para este tipo de pago; el hecho de que se asegure el pago de remuneración mínima para los trabajadores que perciben

19 Sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 02020-2012-PI/TC, de 16 de abril de 2014, caso Ley de Reforma Magisterial, fundamento jurídico 16.

ingresos variables, como forma de asegurar los intereses de los empleados; y la protección del privilegio de la remuneración como cuestión absoluta.

Contrariamente, la formulación de la compensación por tiempo de servicios pareciera abrirse a la posibilidad de que se convierta en una suma remunerativa más, disponible mensualmente, y que no sería adecuada si se busca mantener su naturaleza protectora ante las contingencias generadas por el cese.

Quizás cabría reexaminar el tema de los depósitos mensuales de la CTS como también el asunto de la reducción remunerativa para que, de manera excepcional y temporal, como suele recomendar la OIT, pueda utilizarse ante escenarios que pongan en grave riesgo a la empresa o la subsistencia de las relaciones laborales de los trabajadores.

Los diversos capítulos y subcapítulos del anteproyecto no deben regularse como compartimentos estancos, antes bien, es necesaria una visión sistemática, constitucional y protectora de todas las cuestiones vinculadas con el mundo del trabajo. Esto impide prohibiciones absolutas, como ocurre con la cuestión de la reducción unilateral de la remuneración. No vaya a ser que el afán protector irrazonable, termine perjudicando los intereses y derechos de los trabajadores. En ese sentido algunas disposiciones propuestas deben ser mejoradas.

PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO

05/07/2022

EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL

VICTOR FERRO DELGADO¹

El Ejecutivo se encuentra empeñado en hacer más rígida nuestra legislación laboral, como lo evidencian los decretos supremos que modifican la ley de tercerización de servicios y la ley de relaciones colectivas de trabajo que regula la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga.

Ambos dispositivos recogen disposiciones que se encuentran previstas en el anteproyecto de Código de Trabajo, el cual se encuentra pendiente de discusión por el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo. Así, en lugar de propiciar un debate encaminado a alcanzar consensos entre los actores sociales respecto de una normativa que resulta central en las relaciones de trabajo, el gobierno ha optado por obviar el diálogo y poner en vigencia paulatina las normas contenidas en el ACT mediante el expeditivo recurso de ir promulgando sucesivos decretos supremos, incluso regulando temas donde la jerarquía normativa no lo permite. De ahí que resulte de medular importancia examinar las disposiciones que contiene el ACT, en particular en el aspecto más controversial de nuestro derecho individual del trabajo, esto es, el relativo al régimen de estabilidad laboral.

El anteproyecto corresponde a un nuevo intento de sistematización de nuestra profusa legislación laboral, esfuerzo que se remonta al año 2002 cuando la Comisión de Trabajo del Congreso de la República designó un comité de expertos al que encomendó la elaboración de un anteproyecto de Ley General de

1 Abogado con estudios de Maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor Principal de Derecho del Trabajo en la misma casa de estudios y Socio Fundador del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados.

Trabajo. Dicho comité estuvo integrado por un grupo de profesores universitarios vinculados al sector sindical o empresarial y por ende su signo distintivo fue el de la pluralidad y la apertura hacia posiciones diversas, pero que finalmente apuntaban a alcanzar un equilibrio razonable en las relaciones laborales entre trabajadores y empleadores.

No es ese el caso del actual anteproyecto de código de trabajo (ACT) en que su signo distintivo es el proteccionismo a ultranza. Su elaboración ha estado a cargo de un grupo de funcionarios del Ministerio de Trabajo, lo que probablemente contribuye a explicar el sesgo que se advierte en su articulado. Allí donde la legislación vigente permite un ejercicio razonable de las facultades propias del poder directivo del empleador nos encontramos ante propuestas que tienden a mediatizar dicho ejercicio, al extremo de hacerlo inoperante, o someterlo a aprobaciones administrativas por parte de la autoridad de trabajo de incierto resultado.

Es claro que el derecho al trabajo cumple una función tuitiva respecto del trabajador, pero ello no debería llevar al legislador a desconocer que son dos las partes del contrato de trabajo a las cuales les corresponden derechos y obligaciones.

El proteccionismo a ultranza colisiona con el modelo de economía social de mercado y el derecho a la libertad de empresa, que consagran nuestra Constitución, lo que, en palabras del Tribunal Constitucional, “son considerados como base del desarrollo económico y social del país y como garantía de una sociedad democrática y pluralista(...)” (Expediente N° 01405-2010-PA/TC).

En sus afanes proteccionistas, el ATC trabajo parece ignorar que, según cifras del Instituto Nacional de Estadística e Informática, el 72.5% por ciento de la población económicamente activa se desenvuelve en el ámbito de la informalidad, esto es, desprovisto de todo marco de protección. Así, mientras más costosa y rígida sea la contratación de trabajadores más se estará alentando la informalidad, con lo cual se genera un efecto perverso: se protege al trabajador formal pero cada vez son menos los trabajadores a los cuales se les aplica la legislación laboral, lo cual en buena cuenta significa vaciar de contenido el derecho del trabajo en razón del decreciente número de destinatarios reales de sus disposiciones.

Si bien, no sería válido atribuir al ordenamiento laboral la principal responsabilidad en los altos índices de informalidad que existen en nuestro país, tampoco se puede desconocer que la regulación laboral juega un rol relevante en las decisiones de contratación laboral que adoptan miles de empresarios en nuestro país, en las que el régimen de estabilidad laboral ocupa un lugar de marcada prioridad.

Ahora bien, es precisamente en materia de estabilidad laboral en el que se evidencian los mayores sesgos en que incurre el ACT. Para ello, el ACT recurre a dos vías paralelas: una indirecta, por la cual restringe o hace inviable la desvinculación laboral; y otra directa, en que subrepticamente reintroduce en nuestro ordenamiento legal un esquema propio de la estabilidad laboral absoluta, a la vez que incrementa significativamente los costos de la indemnización por despido.

En materia de protección indirecta, el ACT parece no conferir relevancia al hecho que en la actualidad ha devenido en impracticable la desvinculación del trabajador en razón de deficiencias, físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas que le impidan el desempeño de sus tareas. En efecto, para la desvinculación se requiere que el Ministerio de Salud o el Instituto Peruano de Seguridad Social evalúen el caso y emitan una certificación que acredite la deficiencia sobrevenida del trabajador para el desempeño de sus labores. Sin embargo, dichas entidades, simplemente, no cumplen con emitir la respectiva certificación. La ley prevé una tercera opción para obtenerla: el Colegio Médico del Perú. No obstante, una casación vinculante de la Corte Suprema no reconoce la facultad del Colegio Médico para este efecto (Casación N° 11727-2016), con lo que ha quedado trabada la desvinculación por este motivo. Con ello, el empleador debe mantener vigentes los contratos de trabajo de quienes ya no se encuentran en capacidad de continuar desempeñando las funciones para las que fueron contratados, obligándole así a generar puestos de trabajo superfluos que afectan su productividad y a asumir el costo de las vicisitudes del contrato de trabajo, a pesar de que estas deberían estar a cargo de la seguridad social. De ahí que mal hace el ACT al atribuir a una “comisión calificadora” la determinación de la situación de salud del trabajador, cuando la experiencia ha demostrado, una y otra vez, que ello resulta inoficioso.

Otro extremo de proteccionismo ultranza lo encontramos en la configuración de la falta grave por delito doloso - supuesto actualmente previsto en

nuestra legislación - pero al que se le agregan dos nuevos requisitos: (i) que se imponga al trabajador “una pena privativa de la libertad efectiva”; y, (ii) “que le impida el cumplimiento de la relación de trabajo”. Esta disposición implica que el empleador debe mantener en la empresa a quien ha sido condenado por un delito doloso si no se verifican simultáneamente los dos requisitos en mención. Pongamos el caso de un trabajador que se desempeña como auxiliar en un nido de infantes y que ha sido condenado en la vía penal por tocamientos indebidos en un transporte público. Como quiera que es previsible que ese individuo no será condenado a sufrir carcelería efectiva, el empleador estará impedido de materializar su desvinculación. Cabe así preguntarse si los padres de esos menores se sentirían seguros de confiarlos a un sujeto que carece de requisitos básicos de idoneidad moral, así el delito lo haya cometido fuera del centro de trabajo y en agravio de terceras personas, o si más bien, optarán por enviar a sus niños a otro centro de educación pre escolar. Desde nuestra perspectiva, este es un ejemplo en el que el proteccionismo a ultranza prefiere proteger a un ofensor y no a quien tiene legítimo derecho para materializar el despido en salvaguarda de valores superiores a la estabilidad laboral.

122

En la tipificación de las faltas graves que justifican el despido, el ACT suprime la obligación relativa a la buena fe laboral, limitando las obligaciones del trabajador a aquellas que resultan esenciales a su puesto de trabajo. El concepto de buena fe laboral, previsto en la actual legislación, importa el cumplimiento de deberes de fidelidad y lealtad por parte del trabajador. El deber de fidelidad alude al fiel cumplimiento de las obligaciones propias del puesto de trabajo. El deber de lealtad determina que el trabajador debe advertir sobre situaciones de riesgo que afecten la seguridad o la integridad propias, la de sus compañeros de trabajo, de terceros, de los bienes de la empresa o de los que se encuentren bajo su custodia. Así, en circunstancias de dicha naturaleza, el trabajador debe dar la voz de alerta a fin de procurar evitar que se materialice el daño. Empero, de suprimirse el requisito de buena fe laboral, un trabajador que advirtiese una situación de inminente peligro en una zona cercana a su puesto de trabajo, estaría facultado a continuar con sus labores invocando que no es parte de sus obligaciones notificar a sus superiores sobre eventuales siniestros que pudieran producirse en el centro de trabajo.

De otro lado, la legislación vigente califica como falta grave la reiterada paralización intempestiva de labores habida cuenta que, conforme a nuestro

ordenamiento legal, dicha modalidad no corresponde a un medio legítimo de presión laboral hacia el empleador. Sin embargo, el ACT elimina ese supuesto y se limita a señalar que constituye falta grave “la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento en el puesto de trabajo”, lo que ciertamente corresponde a una situación distinta. Esta última está referida a la afectación individual del rendimiento del trabajador, mientras que la reiterada paralización intempestiva de labores está aludiendo a una conducta colectiva, que la ley vigente proscribió expresamente, evidenciando así que esa no es una medida amparada por nuestra legislación. En efecto, el paro intempestivo no constituye el ejercicio legítimo del derecho de huelga, el cual debe observar determinadas formalidades (decisión aprobada mayoritariamente por parte de los trabajadores, corroboración mediante acta refrendada por notario o juez; preaviso al empleador y a la autoridad de trabajo, entre otros requisitos). De esta forma, dejar de calificar como falta grave la reiterada paralización intempestiva de labores, conforme propone el ACT, permite avizorar situaciones de potencial conflictividad en los centros de trabajo, a la vez que transmite un mensaje equívoco sobre esta delicada materia.

En lo relativo al despido por abandono de trabajo (por ejemplo, ausencias injustificadas durante 16 días no consecutivos en un período de 180 días calendario) el ACT plantea modificar la norma vigente, exigiendo que cada ausencia debe haber sido sancionada disciplinariamente. Así, si el empleador omitiese sancionar oportunamente alguna de estas 16 ausencias, habrá incurrido en un despido inválido quedando así expuesto a las consecuencias que el ACT prevé y que examinaremos más adelante.

De otro lado, el ACT suprime como causa de despido a la injuria cometida por el trabajador en agravio del empleador, de sus representantes, del personal de dirección o de otros trabajadores. Pareciera que como quiera que subsiste la figura de grave indisciplina, se habría estimado que resulta redundante mantener la figura de la injuria, actualmente prevista en la legislación vigente. Empero, ello evidenciaría una confusión conceptual habida cuenta que indisciplina e injuria son supuestos distintos. Mientras la primera alude al incumplimiento de las disposiciones impartidas con relación a las labores, la segunda sanciona las expresiones que entrañan una falta de consideración y una intención de ofender. De ahí que eliminar a la injuria como un supuesto de despido implicará afectar seriamente las bases mínimas de respeto que debe primar en la conducta hacia el empleador y los compañeros de trabajo.

En materia de despidos colectivos, el ACT se mantiene en la figura surrealista que impera en nuestro ordenamiento. Se establecen supuestos y se regula el procedimiento aplicable para llevar a cabo ceses colectivos en la empresa, no obstante que ello no es más que letra muerta desprovista de toda eficacia en nuestro ordenamiento. Salvo muy contadas excepciones, desde hace muchos años el Ministerio de Trabajo no autoriza los ceses colectivos solicitados por el empleador ya que siempre encuentra alguna excusa para desestimar las respectivas solicitudes, por más cuidadosa y contundente que haya sido la justificación invocada para sustentar la medida.

Así, el ACT mantiene la regulación actualmente vigente, a sabiendas que la autoridad de trabajo mantendrá su tradicional política de bloqueo a este tipo de procedimientos. Con ello se fuerza al empleador a mantener a personal que no resulta necesario, o cuyo costo no puede continuar asumiendo en razón de las dificultades económicas que la empresa puede encontrarse atravesando. Esto lo llevará intentar llevar a cabo desvinculaciones mediante mutuo disenso, que al quedar supeditadas a la voluntad de la contraparte, suelen alcanzar montos considerables que agravan situaciones económicas de por sí precarias, o resultan simplemente infructuosas.

124

Estimamos que el pecado original del esquema de ceses colectivos que recoge nuestra legislación consiste en que este se encuentra configurado bajo la modalidad del “despido propuesta” conforme al cual el empleador debe solicitar autorización a la autoridad de trabajo para llevar a cabo el despido mientras que a esta se le asigna el ingrato papel de autorizar el despido colectivo solicitado por el empleador. Obviamente, en ese escenario, la autoridad de trabajo opta por la medida más expeditiva: casi invariablemente desestima el pedido de la empresa. Así, se constata que, a lo largo del tiempo, los distintos Ministros de Trabajo han optado por la protección de la estabilidad laboral, pero en particular de la propia, evitándose así ser juzgados como responsables de la autorización de despidos de trabajadores.

Es por ello que debe abandonarse el esquema de “despido propuesta” para pasar a un régimen similar al que opera en el despido individual. En este la medida dispuesta por el empleador resulta eficaz y surte efecto, pero queda sujeta a su acreditación en caso que la misma sea impugnada en sede judicial. De la misma forma, de resultar infructuosas las negociaciones entre la empresa y la respec-

tiva organización sindical (o en su defecto con los trabajadores afectados) para llevar a cabo un cese colectivo debería surtir efecto la medida de desvinculación dispuesta por el empleador. Corresponderá a la empresa demostrar el sustento y procedencia de la medida en el respectivo procedimiento judicial en caso este sea promovido y asumir las reparaciones económicas que correspondan si en el litigio se demostrase la improcedencia de la medida. Debe tenerse presente que ese es el modelo que prevén distintos instrumentos internacionales, como el Convenio 158 OIT y la Directiva 98/59/CE de la Unión Europea, y que a su vez recogen numerosas legislaciones, tales como la de Alemania, Dinamarca, España, Francia, Inglaterra, Italia, Suecia, Argentina, Colombia y Chile, por señalar solo algunos casos. En ninguno de estos regímenes opera el denominado “despido propuesta” que tanta ineficacia ha demostrado en nuestro país.

Además de las fórmulas de protección indirecta que hemos comentado y cuyo objeto es inviabilizar la desvinculación, el ACT desarrolla mecanismos de protección directa al regular la estabilidad laboral, el instituto más controversial de nuestro ordenamiento laboral.

El ACT trata el despido sin causa justificada pero, curiosamente, se limita a recoger, parcialmente, los criterios del Tribunal Constitucional para la figura del despido fraudulento, el cual conlleva la reposición del trabajador. Así, el ACT se limita a regular el despido nulo, tipificándolo, entre otros supuestos, como aquel cuya causa no ha sido probada en juicio cuando las pruebas que lo sustentan son calificadas de falsas. Así, por la expeditiva vía de atribuirle a la prueba la condición de prueba falsa, se abre el camino para que se califique el despido como nulo y se ordene judicialmente la reposición del trabajador, además del pago de las remuneraciones devengadas durante el proceso. Alternativamente, a elección del trabajador, éste podrá optar por el pago de la indemnización por despido, además del importe correspondiente a las remuneraciones devengadas. Más aún, si el despido corresponde a determinados supuestos agravados, corresponderá el pago de una reparación por daños y perjuicios en adición a la reposición o el pago de la indemnización.

Así, el ATP se aparta de los criterios del Tribunal Constitucional - no obstante su carácter vinculante - al omitir regular el despido arbitrario, esto es, el despido no probado en juicio, al cual solo corresponde resarcir con el pago de una indemnización. De esta forma, subrepticamente, se apunta a instaurar

nuevas vías para la reposición, aproximándose con ello a un esquema de estabilidad laboral absoluta.

A lo expuesto se agrega el notorio incremento de la indemnización por despido. A diferencia de lo que dispone la legislación vigente - que fija la indemnización por despido arbitrario en 1.5 sueldos con el tope de 12 sueldos - el ACT dispone que el despido arbitrario cual será equivalente a 45 días de remuneración por cada año de servicios, pero sin límite alguno, sin perjuicio de la reparación por daños y perjuicios en los supuestos antes indicado.

Creemos que la regulación que el ACT propone en materia de estabilidad laboral acentuará sensiblemente los niveles de rigidez laboral que persisten en nuestra legislación. Recordemos que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) ha señalado que en el Perú prevalece un mercado de trabajo segmentado y con una regulación rígida, destacando que un marco normativo flexible contribuiría a que nuestro país sea un destino de inversión. Por su parte, el Foro Económico Mundial ha ubicado al Perú en el puesto 131 de 141 países en materia de contratación y despido, esto es, a la cola de los países con mayor rigidez laboral en el mundo.

126

Es claro, pues, que de aprobarse el ACT estaremos en aptitud de disputar la final del campeonato mundial en rigidez laboral.

Confiemos que ello no será así y que el ACT será reformulado de manera que permita arribar a consensos básicos entre los interlocutores sociales haciendo factible que podamos contar con una legislación equilibrada que aspire a perdurar en el tiempo.

LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO ANTE EL DESPIDO EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO¹

OMAR TOLEDO TORIBIO²

El tratamiento de la protección frente al despido formulada en el texto del Decreto Legislativo 728 hace referencia a la protección restitutoria, es decir, a la posibilidad de reponer al trabajador únicamente ante el supuesto del despido nulo. En otras latitudes esto también se denomina despido lesivo de derechos fundamentales, en tanto que en caso de despido arbitrario o indirecto se establece una protección reparatoria o indemnizatoria.

En ese sentido, si bien ésta es una fórmula planteada por el Decreto Legislativo 728, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional - a partir del caso FETRATEL Vs. TELEFÓNICA - establece una nueva configuración del tratamiento del despido, especialmente en lo que se refiere a la reposición y ampliando la posibilidad de conceder la misma a los despidos incausados y fraudulentos. Luego, el mismo tribunal recoge el precedente vinculante Baylón Flores de

-
- 1 El presente artículo es una síntesis de la ponencia realizada por el autor durante el ciclo de conferencias “El Anteproyecto del Código de Trabajo bajo análisis”, celebrado entre los meses de junio y agosto de 2022. El expositor no ha revisado ni realizado correcciones sobre la versión escrita de su presentación en formato oral.
 - 2 Abogado, Magister en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez Superior Titular y Presidente de la Cuarta Sala Laboral de Lima. Ha desarrollado estudios en Litigación Oral Laboral en el California Western School Of Law, en la Universidad de Medellín y en la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de Colombia. Profesor de pre-grado, maestría y doctorado en las siguientes universidades: San Martín de Porres, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

carácter ciertamente normativo y posteriormente ratificado en el precedente Elgo Ríos, a propósito de establecer la vía igualmente satisfactoria, para fijar los criterios que definen la protección frente a estos tipos de cese.

El anteproyecto del Código de Trabajo prevé reconocer esta evolución jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional, que pretorianamente ha creado dos nuevas figuras de despido con fines de reposición, y por lo tanto positiviza los pronunciamientos con carácter de precedente vinculante. Es más, se sabe que ha existido una suerte de ocio legislativo, ya que el Poder Legislativo - a pesar del tiempo transcurrido desde la emisión del precedente vinculante Baylón Flores hasta la fecha - no ha sido capaz de poder recoger o regular en buena forma este avance jurisprudencial.

La virtud del proyecto de Código de Trabajo parece estar entonces en haber recogido esta evolución jurisprudencial que ciertamente no podría ser materia de retroceso, en virtud de los principios de progresividad y no regresividad de los derechos de naturaleza laboral fundamental contemplados en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De manera que la iniciativa también logra plantear el establecimiento de un despido injustificado propiamente, mejor dicho un despido nulo bajo dos vertientes: injustificado y nulo.

Respecto al despido injustificado podemos apreciar que el proyecto recoge en cierta forma lo que es el cese arbitrario y lo que viene a ser el desarrollo del despido fraudulento, que ha sido diseñado por el Tribunal Constitucional. Esta última figura ha tenido una evolución jurisprudencial hasta llegar eventualmente a abarcar ciertos aspectos del despido que invoca la afectación al principio de razonabilidad o proporcionalidad, que la Corte Suprema recientemente ha señalado que no corresponde a la figura del despido fraudulento sino más bien a la del despido arbitrario. Por lo tanto, bajo esa perspectiva no cabría una reposición.

No obstante, la tipificación del despido propiamente nulo en el texto se limita a la protección de los derechos que ahora están estatuidos en el artículo 29 del Decreto Legislativo 728, cuando debiera haberse optado por una forma 'numerus apertus' en oposición a la 'numerus clausus' y entender el despido nulo como todo aquel cese lesivo de derechos fundamentales. Así se podría superar la discusión actual que existe sobre si en sede ordinaria es posible verificar, tramitar o resolver las acciones de reposición por despido lesivo de derechos fundamentales.

A manera de ejemplo, ¿qué sucede si un trabajador es suspendido por falta grave y luego despedido por el mismo hecho? Sabemos que por la regla constitucional de la prohibición del *'ne bis in idem'*, es decir, la imposibilidad de sancionar dos veces por un mismo hecho, evidentemente sería materia de protección. Se discute si eso podría ser materia de tratamiento en la vía ordinaria, puesto que en la vía constitucional hemos apreciado que hay pronunciamientos del Tribunal Constitucional cautelando precisamente este principio.

Así, podemos encontrar situaciones que tienen que ver con los denominados derechos inespecíficos en el seno de la relación laboral, estos son aquellos derechos que corresponden al trabajador como ciudadano o ciudadano trabajador. Puede ser la afectación del derecho a la libertad de expresión en el centro laboral o la afectación al derecho a la intimidad y a la privacidad de las comunicaciones. Y en general todos aquellos derechos fundamentales que el trabajador lleva consigo cuando ingresa a una relación laboral.

Consideramos que debió abrirse la posibilidad de cautelar el despido nulo, como aquel despido lesivo de derechos fundamentales y en consecuencia superar esa concepción *'numerus clausus'* que contempla el actual artículo 29 y que parecería se replica en el anteproyecto del Código de Trabajo. Evidentemente se trata de cautelar los derechos fundamentales tutelados por normas internacionales que constituyen *'ius cogens'* y que vinculan a todos los Estados.

Igualmente establecer que la reparación ante el despido injustificado y nulo es la reposición más el pago de las remuneraciones devengadas constituye una virtud del proyecto. Por ende, estamos en un punto crucial y de preocupación para las partes, tanto por el lado del trabajador como por el lado del empleador, puesto que a partir del quinto pleno supremo laboral se estableció que la única reparación frente al despido incausado y fraudulento estaría comprendida por la indemnización por daños y perjuicios. Desde entonces se han producido un conjunto de pronunciamientos en relación a la determinación del lucro cesante y el daño moral. Particularmente sobre el primero podemos encontrar tantos criterios como órganos jurisdiccionales en materia laboral existen.

No hay un criterio uniforme en lo que se refiere a la determinación del lucro cesante, es decir, si equivale a las remuneraciones que se han dejado de percibir, si éstas constituyen solamente una referencia, o si deben deducirse o no los ingresos percibidos por el trabajador en otros centros o relaciones laborales

durante el tiempo en que estuvo despedido. Entonces existe incertidumbre en lo que se refiere a la determinación del lucro cesante y el daño moral. Sobre este último la discusión - con distintos criterios al respecto - gira en torno a si debe presumirse o no y si debe acreditarse con prueba directa o indirecta.

Particularmente algunos plenos superiores han llegado a confundir más bien, como el último pleno de Tacna correspondiente al año 2019, donde se señala que el daño moral no se presume, en contraposición al pleno jurisdiccional de Chiclayo 2018, que sí consideró que se presumía el daño moral por el despido. En tanto el primero de estos plenos señala que el daño moral debe ser acreditado, ya sea con prueba directa o indirecta, salvo que se afecte la dignidad del trabajador. La pregunta entonces es qué despido no afecta la dignidad del empleado, desde el momento en que deja de percibir la fuente de sustento o los ingresos que ésta le origina, tanto para él como para su familia.

Cabe mencionar que estamos ante una situación en que no existe uniformidad de criterio para la determinación del lucro cesante y el daño moral, generándose desconcierto al respecto. Pareciera mejor apostar a que se contemplaran las remuneraciones devengadas tanto para el despido incausado como para el despido fraudulento, esto es con deducción de los períodos de inactividad procesal como sucede con lo regulado para el despido nulo. De esta manera, tanto trabajadores como empleadores tendrían un marco objetivo.

La virtud del proyecto ciertamente es que se haya definido y decantado por establecer únicamente el pago de las remuneraciones devengadas con deducción de los períodos de inactividad procesables o imputables a las partes. Finalmente, corresponde criticar el establecimiento de plazos únicos o estándar relacionados al principio de inmediatez que como sabemos es una suerte de prescripción de la facultad disciplinaria del empleador. Hasta ahora estos se determinan en función a un criterio de razonabilidad, contrario a los tiempos muy rígidos establecidos por el proyecto, que evidentemente pudieran en algunos casos ocasionar dificultades. Se debería, por ende, tenderse a un criterio similar al vigente.

Siempre, en última instancia, se podría señalar que se afecta el principio de inmediatez cuando el empleador no demuestra objetivamente las razones por las que se ha tomado el tiempo transcurrido para reaccionar ante una falta grave.

**JORNADA DE TRABAJO,
SOBRETIEMPO Y DESCANSOS
07/07/2022**

JORNADA DE TRABAJO, SOBRETIEMPOS Y DESCANSOS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO DE TRABAJO

MAURICIO MATOS ZEGARRA¹

El anteproyecto del Código de Trabajo propone cambios respecto a tres temas nucleares en la legislación laboral individual: la jornada u horario de trabajo; el trabajo en sobretiempo; y los descansos remunerados diarios, semanales y anuales, que actualmente se encuentran dispersos en varias normativas. El objetivo es condensarlas en el texto de esta propuesta.

A la fecha, el tema de jornada y horario de trabajo está contenido en los Decretos Supremos 007-2002-TR y 008-2002-TR, que constituyen respectivamente el texto único ordenado de la Ley de Jornada, Horario y Tiempo de Trabajo derivados del Decreto Legislativo 854. Por otro lado, todo lo relacionado a descansos remunerados se encuentra contenido en el Decreto Legislativo 713 y en un reglamento publicado por el Decreto Supremo 011-92-TR.

En cuanto a la jornada de trabajo, el anteproyecto propone de manera interesante establecer una diferencia entre jornada y horario de trabajo, partiendo de señalar que la primera es el tiempo que pasa un trabajador a disposición del empleador, en tanto que el segundo es la forma en la que esa disponibilidad se ordena en una unidad de tiempo determinada. Se repite básicamente el tema de

1 Abogado de la Universidad de San Agustín, con Maestría en Derecho Social, Derecho laboral y de Seguridad Social por la Universidad Libre de Bruselas (Université libre de Bruxelles). Socio del área laboral (People Advisory Services) de EY (Ernst & Young) Perú, especializado en consultoría y asesoría en temas laborales, tributario - laborales, de seguridad social y referidos a la gestión de negociaciones colectivas. Acreditado como árbitro por el Ministerio de Trabajo y por la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa. Ejerce como profesor universitario en la Universidad Católica de Santa María (UCSM) y la Universidad Católica San Pablo (UCSP).

la duración máxima de la jornada, no mayor a ocho horas diarias ni a 48 horas semanales. Sin embargo, otro aspecto a considerar es la garantía del descanso inter jornada, según lo que debería mediar como mínimo un intervalo de 12 horas de descanso entre la terminación de una jornada y el inicio de la siguiente.

Esta proposición resulta interesante porque resuelve una incógnita presente en algunos centros de trabajo sobre el máximo de horas que podría trabajar un trabajador. Claramente la respuesta en ese sentido podría ser que un trabajador no debe laborar más de ocho horas diarias ni 48 horas a la semana. No obstante, la pregunta que muchas veces se planteaba era qué pasa si el trabajador conviene con el empleador en realizar trabajo en sobretiempo, cuánto eventualmente pueden excederse esas ocho horas diarias.

Lo mismo ocurre con las jornadas acumulativas, en las que podría eventualmente presentarse la posibilidad de que un trabajador laborase más de ocho horas diarias. Al establecer un parámetro de descanso de 12 horas, ya sabríamos por lo pronto que entre la jornada diaria más el trabajo en sobretiempo o en una jornada diaria extendida bajo un formato atípico no podríamos pasar de las 12 horas. Esto es importante porque se condice con el cuidado de la seguridad y la salud en el trabajo, así como con la alternancia entre el empleo efectivo y los adecuados lapsos de descanso.

134

De hecho, el anteproyecto mantiene también la exclusión de no considerar dentro de la jornada laboral máxima al personal de dirección; a los trabajadores que realizan labores por servicios intermitentes o con tiempos en espera o de vigilancia; o a quienes simplemente no están sujetos a fiscalización inmediata. Un punto importante a rescatar es que el texto no aborda las resoluciones de la Corte Suprema sobre la exclusión de la jornada legal máxima en el caso, por ejemplo, de trabajadores con jornadas intermitentes o sin fiscalización inmediata.

Precisamente por esto ha habido una discusión jurisprudencial importante, en especial respecto a ciertos sectores profesionales como los trabajadores del transporte, que en algún momento discutieron el pago o reconocimiento del trabajo en sobretiempo. Sin embargo, no se ahonda demasiado en esa experiencia y simplemente se dejan estas categorías de trabajadores fuera de la jornada legal máxima como sucede hasta ahora.

Esto también podría tener un impacto para los teletrabajadores porque ellos no estarían sujetos a fiscalización inmediata en la definición actual, dado que se trata de personas que no acuden al centro de trabajo más que para dar determinados informes, y debería acudir a la regulación del teletrabajo para la aplicación de la desconexión digital, al no estar el tema claramente determinado dentro del anteproyecto del Código de Trabajo. Esto no quiere decir que el anteproyecto deba regular todas aquellas situaciones que la jurisprudencia haya venido aclarando, pero sí que es importante traer a colación algunos temas con muchísima discusión en foros laborales en base a la experiencia jurisprudencial de los últimos 20 años.

FACULTADES DEL EMPLEADOR

Por otro lado, se mantienen también las facultades dentro del poder de decisión del empleador respecto a la jornada y horario de trabajo, haciendo muy parecida la nueva regulación a la legislación actual sobre el tema. Sí se establecen eventualmente algunos cambios en cuanto al procedimiento de cambio de jornada y horario de trabajo, pues los plazos pasan a ser de ocho a diez días y el período que tiene el sindicato o los trabajadores para establecer un diálogo con el empleador se extiende también hasta cinco días.

Esto no le quita la posibilidad al empleador de incluir modificaciones unilaterales, tanto en la jornada como en el horario de trabajo, siempre y cuando estén debidamente justificadas y objetivamente establecidas. No es un tema que el empleador como tal deba consultar con los trabajadores, es el primero quien decide la adopción de la medida. El espacio de diálogo se abre para que el empleador pueda escuchar a los trabajadores y buscar alguna alternativa si estos no están de acuerdo. De hecho, el anteproyecto también mantiene algo ya incorporado en la ley actual: la ampliación por parte del empleador de la jornada hasta el límite máximo legal conlleva el recargo remunerativo correspondiente.

La redacción del anteproyecto dejaría todavía sin atender la validez de los pactos, que en algunos casos venían ocurriendo, entre empleadores y trabajadores para extender la jornada sin incremento salarial. Este problema se mantendría, sin saber tampoco si se afecta así el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales. Cabe recordar que - independientemente de la decisión conscientemente adoptada entre empleador y trabajador de prolongar la jornada sin

incrementar la remuneración - esto iría en contra de la disposición normativa que establece que todo incremento de la jornada tiene que ir acompañado del aumento remunerativo correspondiente.

Por lo demás, la propuesta en general mantiene las mismas facultades del empleador respecto a la modificación de los tiempos de trabajo. Se conservan incluso las disposiciones sobre jornadas atípicas y acumulativas, junto a la posibilidad de establecerlas, sin pronunciarse esta versión del anteproyecto sobre las reglas que debería seguir el empleador a la hora de fijar la duración de la jornada atípica acumulativa específicamente. En la actualidad esto se resuelve mediante la aplicación de la sentencia 4635-2004-AA/TC, inicialmente diseñada para el sector minero pero que ha alcanzado a todos los sectores profesionales donde se dan jornadas acumulativas.

Ciertamente ha habido un espacio de discusión, incluso hasta cierto punto una posición planteada por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) para medir la duración máxima de la jornada acumulativa en función al ciclo laboral máximo de tres semanas y una posición del propio Tribunal Constitucional, como así también del Poder Judicial, señalando que no necesariamente una jornada acumulativa debe estar limitada a este ciclo laboral máximo. Este período, en cambio, es el parámetro utilizado para poder medir que un empleado no trabaje más de 48 horas a la semana.

REFRIGERIO, TRABAJO NOCTURNO, REGISTRO DE JORNADA Y SOBRETIEPOS

Un tema interesante que también sale a discusión dentro del anteproyecto es el refrigerio, manteniéndose la obligación presente al menos desde el año 2006 de garantizar un refrigerio de 45 minutos que no forma parte de la jornada de trabajo.

Asimismo, hay un cambio importante al fijarse - por primera vez - una sobretasa por trabajo nocturno. Actualmente esto no se encuentra regulado en la legislación peruana, que sí otorga el derecho a recibir una remuneración mínima vital “nocturna” por trabajar entre las 22:00 horas y las 6:00 horas del día siguiente. Ahora bien, las sobretasas se han venido adoptando ya sea por costumbre o eventualmente siendo acordadas vía convenio colectivo de trabajo,

buscándose establecer ahora por ley que las labores en el rango horario mencionado deberán ser compensadas con un agregado no menor al 35% del valor hora. Hoy en día si un trabajador gana más del mínimo vital más el 35% no tendría derecho a recibir un sobrecargo o una sobretasa por hacerlo de noche. Con esta modificación eso debería cambiar en la práctica.

Por otro lado, hay algunas disposiciones interesantes vinculadas sobre todo al cuidado de la salud del trabajador que realiza trabajo nocturno. Actualmente la legislación laboral plantea simplemente que, si hay trabajo nocturno de por medio, el empleador debe procurar en la medida de lo posible que los turnos sean rotativos. Aquí se mantiene que el turno sea rotativo, salvo que exista una causa objetiva que justifique sea consecutivo como elemento nuevo en el anteproyecto. A su vez, la propuesta plantea una modificación para que el trabajo deba organizarse - en la medida de lo posible - para evitar que el trabajador que realiza labores en horario nocturno también lleve a cabo tareas en sobretiempos, ya sea antes o después de culminada su jornada.

La forma en la que está redactado el anteproyecto no determina que sea una obligación del empleador evitar que esto suceda, pero claramente establece una limitación sobre la posibilidad de realizar trabajo en sobretiempos, antes o después de terminar el horario nocturno. Otro aspecto para considerar es el establecimiento de la duración de la jornada nocturna que, por lo general, no debería ser superior en promedio a la jornada establecida para los trabajadores que hacen el mismo trabajo durante el día o enfrentan el mismo tipo de exigencia.

Recordemos que en su momento el propio Tribunal Constitucional cuando hacía referencia a la sentencia 4635-2004-AA/TC y hablaba del trabajo en el sector minero, como una actividad especialmente dura, también hizo referencia a limitar el uso de jornadas acumulativas al trabajo nocturno, entendiendo que existe un desgaste natural que el trabajador debe enfrentar como consecuencia del desarrollo de las tareas en estas circunstancias.

SOBRETIEMPO

Cuando hablamos de trabajo en sobretiempos, se mantiene en principio el monto de la sobretasa. La propuesta sigue siendo que las dos primeras horas tienen que ser eventualmente remuneradas con un sobrecargo del 25% y las

siguientes con un recargo del 35% del valor hora, salvo pacto en contrario. También se establece y se repite que el trabajo en sobretiempo es voluntario en su otorgamiento y en su prestación.

Sin embargo, hay un tema que han venido enfrentando empleadores y trabajadores respecto a la presunción del trabajo en sobretiempo. Sobre todo, desde que se modificó el Decreto Supremo 004-2006-TR, surge una presunción relativa - que admite prueba en contrario - de que la permanencia del trabajador antes de su horario de ingreso o después de la salida genera trabajo en sobretiempo, presunción que el empleador tiene que cuestionar, llevando a situaciones un tanto exageradas: situaciones en que el empleador ya no permitía que los trabajadores permaneciesen ni un minuto adicional a su jornada en el centro de trabajo o impedía que entrasen a la planta de manera anticipada.

En nuestro criterio, el anteproyecto no desarrolla este tema de manera adecuada. Léase que esta presunción debe seguir admitiendo prueba en contrario, sin que la sola permanencia del trabajador fuera de su jornada genere trabajo en sobretiempo hasta que se acredite lo contrario. Al invertirse la carga de la prueba a favor del empleador se dejan de generar espacios donde el trabajador por su sola permanencia pueda manifestar que estuvo realizando trabajo en sobretiempo.

138

Por otro lado, la norma sí permite imponer trabajo en sobretiempo cuando existan casos fortuitos o de fuerza mayor, sin cambios significativos en el texto. Además, se incorporan algunos supuestos que podrían configurar la imposición del trabajo en sobretiempo: el peligro inminente a las personas, a los bienes o la continuidad de la actividad productiva. De alguna manera, se toma un poco la redacción de los criterios que se siguen también para la calificación de puestos indispensables en el caso de una huelga.

Esa expresión es incluida para poder ser usada como un supuesto que - llegado el momento - podría permitir imponer el trabajo en sobretiempo, a cambio del pago obligatorio de una sobretasa del 100% si se acredita que el trabajador fue obligado a estas condiciones. Sobre este punto ya se había manifestado en varias oportunidades que la imposición no constituye un supuesto de trabajo forzoso, pero sí constituye una infracción administrativa que puede ser pasible de sanción por parte de la SUNAFIL en suma al pago de la correspondiente sobretasa.

DESCANSO SEMANAL

Sobre este último punto, hay una propuesta de innovación interesante. Actualmente la norma dispone que el trabajador debe gozar de 24 horas consecutivas de descanso por semana, entendiendo claramente que puede existir una excepción por acuerdo entre las partes y eventualmente este descanso pueda acumularse. Por lo demás, quedan las mismas disposiciones sobre la acumulación de vacaciones o el fraccionamiento de estas. En ese sentido, la regulación se mantiene muy similar a los cambios que se plantearon hacia el año 2018, en lo que refiere al adelanto de vacaciones, la reducción del descanso vacacional y la remuneración de este período.

COMENTARIOS DE CIERRE

En general estamos ante un capítulo sumamente importante del anteproyecto del Código de Trabajo, si bien hay espacios de mejora importantes. De hecho, hay temas de experiencia jurisprudencial que deben ser incorporados. Por ejemplo, una cuestión relevante y que ha sido materia de muchísima discusión judicial es el tiempo que emplean los trabajadores en cambiarse su informe y si éste eventualmente debe formar parte de la jornada de trabajo. Históricamente muchos empleadores no consideraban el tiempo que transcurría desde el ingreso del trabajador por la garita de control hasta el momento en que hacía su ingreso en la planta de producción, por decirlo de alguna manera, como un tiempo efectivo.

Parece importante también que se establezcan dentro del anteproyecto del Código de Trabajo algunas reglas claras sobre el tema de las jornadas acumulativas. No es que deba plantearse un cambio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero sí que estos parámetros se incorporen a la propuesta para tener mayor claridad sobre este punto.

Ya existe un criterio más unificador, por ejemplo, para el cálculo de la remuneración vacacional que hasta ahora no lo teníamos. Repitiéndose las normas de la Compensación por Tiempo de Servicio (CTS), que no eran del todo claras tomando en consideración que este concepto es un beneficio calculado con periodicidad semestral a diferencia de la remuneración vacacional, que podría eventualmente ser en base a un período anual.

El anteproyecto y este capítulo deben ser objeto de amplia discusión entre los actores más importantes: empleadores, trabajadores y gobierno. Efectivamente ha habido varios intentos de tener un Código de Trabajo. El intento anterior al actual se frustró hacia el año 2013, sin poder avanzar luego en un diálogo social fructífero que permita una discusión amplia como la que plantea la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS). El anteproyecto debiera apuntar entonces a un debate de carácter académico que aporte a una legislación producto de la concertación social y el diálogo para el beneficio de los actores sociales.

JORNADA DE TRABAJO, SOBRETIEPO Y DESCANSOS REMUNERADOS

BETTY EGÚSQUIZA PALACÍN¹

El anteproyecto de Código de Trabajo, aprobado por Resolución Ministerial N° 232-2021-TR encierra una serie de cambios trascendentales que, de lograr su positivización, generaría un impacto enorme en nuestro sistema de relaciones laborales. De los varios aspectos que pretendería modificar, uno de ellos es el referido a las reglas normativas que regulan la jornada de trabajo, los sobretiempos y los descansos remunerados, temática que procedemos a analizar en la presente ponencia incidiendo en la comparación que el cambio traería con respecto a la normativa aún vigente.

141

I. JORNADA DE TRABAJO

1. Definición de jornada de trabajo

Uno de los principales cambios que plantea el proyecto normativo es la definición de jornada de trabajo, la cual, conforme su artículo 250, sería “el tiempo durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador”.

Como vemos, con esta precisión normativa, que resulta toda una novedad, contaríamos en nuestro país con una definición de jornada de trabajo, la cual no se encuentra actualmente contemplada en norma nacional alguna.

1 Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente de Derecho Laboral en la Facultad de Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad Tecnológica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Autora de diversos libros y artículos de investigación en materia de Derecho Laboral y fiscalización laboral.

Ahora bien, en el ámbito doctrinal, como indica Brian Avalos², existen tres criterios para la definición de jornada de trabajo: (i) como trabajo efectivo; (ii) como tiempo a disposición dentro del centro de trabajo; y (iii) como tiempo a disposición general.

El proyecto de código laboral pretendería acoger la tercera posición doctrinal, esto es, entender a la jornada de trabajo como el tiempo por el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador de manera general. Corrobora esta posición el que el segundo párrafo del artículo 250 señale que también se consideran jornada de trabajo “los períodos de inactividad requeridos por la prestación contratada”; por lo tanto, habría que entender, de positivizarse este proyecto, que se consideraría jornada laboral todo los tiempos en los que el trabajador podría realizar una labor o cumplir órdenes empresariales, como indica Avalos, “sin importar si existen tales mandatos u órdenes, pues el tiempo de trabajo no depende de la prestación sino de la posibilidad”³.

Por lo tanto, con esta definición, se dejaría de lado la antigua posición doctrinal que entendería la jornada de trabajo sólo el tiempo de trabajo efectivo, pues, con esta concepción, se dejaba de lado aquellos tiempos en los que el trabajador, si bien no realizaba labor efectiva alguna, se encontraba a disposición de las órdenes empresariales siendo responsabilidad del empleador encausar y materializar con órdenes efectivas esta puesta a disposición del trabajador.

142

2. Trabajos complementarios

Otra previsión novedosa que contempla el proyecto de código laboral la encontramos presente en el artículo 254 que contempla que “el tiempo labo- rado antes o después de la jornada de trabajo, con el carácter de preparatorio o complementario, se remunera de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 261”.

Si bien en la actualidad no existe previsión normativa alguna que indique la naturaleza de los trabajos complementarios o preparatorios, existen pronuncia- mientos administrativos y judiciales que han planteado la naturaleza de jornada laboral a dichos trabajos.

2 AVALOS, Brian. “Excepciones a la jornada de trabajo: límites y alternativas”. Tesis para obtener el grado de Magíster. En: <https://bit.ly/3mxEh6E>.

3 Ibid., p. 138.

Por ejemplo, en el ámbito administrativo, encontramos lo dispuesto en la Resolución N° 004-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, emitida por el Tribunal de la SUNAFIL, que ha señalado que los tiempos de recorrido desde la unidad de trabajo hacia la garita de control sería considerado tiempo de labor. En el ámbito judicial, contamos con la Casación N° 9387-2014-Lima Norte, en la que se ha establecido que el tiempo destinado por el trabajador para colocarse la vestimenta necesaria para el desempeño de sus labores es considerado jornada laboral.

Hay que precisar, no obstante, que este tiempo laborado con carácter preparatorio o complementario a la jornada laboral, por ser adicional a ésta, debería ser retribuido como trabajo en sobretiempo, es decir, aplicando las sobretasas correspondientes.

3. Refrigerio

Un cambio trascendente adicional que contempla el proyecto normativo es la regulación del refrigerio. Se establece que no forma parte de la jornada de trabajo “salvo pacto en contrario” y, además, como aspecto novedoso, se indica que constituye “una condición de trabajo que genera una compensación económica a favor del trabajador”.

Con relación al primer punto, la regla de considerar excluido al refrigerio de la jornada laboral es una cuestión que actualmente ya se contempla como también la posibilidad de que se pacte considerarlo como parte de jornada cuando hay pacto en contrario.

Lo que sí resulta novedoso es considerar al refrigerio como una condición de trabajo que debe compensarse económicamente a favor del trabajador. Sobre este aspecto, resulta peculiar clasificar al refrigerio como una condición de trabajo, más aún si el artículo 173 del anteproyecto de Código de Trabajo precisa que las condiciones de trabajo son los pagos, bienes, servicios, facilidades o entregas al trabajador para el desempeño de su laboral; pudiendo, en todo caso, entenderse como una “facilidad” para que el trabajador continúe laborando en turno corrido.

Adicionalmente, las condiciones de trabajo son otorgadas directamente por el empleador (la entrega de un vehículo para que el trabajador se movilice

a realizar ventas de productos de la empresa) o son compensadas por éste a favor del trabajador cuando este último ha corrido con los gastos para ejecutar la condición de trabajo (el trabajador compra gasolina con su dinero para el vehículo de la empresa que usa para salir a realizar ventas del negocio). Pero, en el caso del refrigerio, una vez otorgado el tiempo para la pausa laboral, ya se habría otorgado la condición de trabajo, por lo que, desde nuestro punto de vista, la compensación económica adicional no tendría sentido. Consideramos que es necesario una precisión o revisión respecto de este artículo para disipar este punto.

II. SOBRETIEMPOS Y SOBRETASAS

1. Trabajo nocturno

Con relación al trabajo nocturno, que sería el realizado entre las veintidós horas y las seis horas, el anteproyecto de Código de Trabajo indica que el trabajo realizado en ese espacio “tiene una sobretasa del 35%”.

Vemos, con esta disposición normativa, un cambio importante con la normativa vigente en la que sólo se contempla el pago de la remuneración nocturna a partir de la determinación de la remuneración mínima vital vigente al momento de pago. De esta manera, si un trabajador actualmente recibe una remuneración mayor a la remuneración mínima vital con un adicional 35% de este concepto, no tendría derecho a pago complementario alguno si empezase a laborar en turno nocturno.

En cambio, con el proyecto de disposición normativa analizado, si un trabajador labora de día y luego es cambiado a trabajar en jornada nocturna, deberá recibir un 35% adicional de la remuneración que viene percibiendo; por lo tanto, coincidimos con esta posición ya que todo trabajador que labore en jornada nocturna debería recibir una mayor retribución en comparación a si laborase de día o en comparación con los demás trabajadores que laboran de día.

2. Sobretasa del 100%

Otro cambio importante que recoge el proyecto normativo lo encontramos en la previsión que contempla que el no pago o pago inoportuno de las horas

extras genera para el empleador el pago de una sobretasa del 100%, es decir, la obligación de pagar el doble de las horas extras adeudadas. A la fecha, esta obligación solo se genera cuando el trabajo en sobretiempo es impuesto, por lo que la inclusión de este otro supuesto implicaría una medida que buscaría desalentar al empleador que no cumple con el reconocimiento y pago de las horas extras a su personal.

En la actualidad existen trabajadores que lamentablemente tienen que acudir a la vía judicial o vía administrativa para recibir el pago de las horas extras generando una inversión de tiempo y dinero por parte del trabajador; por lo que esta propuesta normativa contribuiría a la disminución de este incumplimiento.

3. Compensación de horas no laboradas con trabajo en sobretiempo

El artículo 275 del proyecto normativo indica que la compensación de horas no laboradas por el disfrute de un día no laborable no puede realizarse considerando el valor de una hora extra en la misma proporción que una hora del día no laborable pues “se debe considerar la sobretasa que se paga por horas extras, como criterio para una adecuada compensación”. De esta manera, con esta previsión, la compensación de las horas extras tendría un mayor valor que las horas de un día no laborable resultando esta medida equitativa desde nuestro punto de vista, ya que las horas extras generan un esfuerzo adicional por parte del trabajador, siendo el pago de la sobretasa el reconocimiento proporcional.

III. DESCANSOS REMUNERADOS

1. Autorización tácita

Una previsión importante en el proyecto normativo, que recoge criterios judiciales actuales, es establecer la presunción de la autorización para la realización de horas extras; es decir, salvo que se demuestre lo contrario, todo tiempo que figure en el control de asistencia previo o posterior a la jornada laboral se presumirá como trabajo en sobretiempo.

De esta manera, se busca facilitar la labor probatoria del trabajador en la fiscalización o proceso laboral, pues es usual que los empleadores nieguen la realización de horas extras a partir de argumentar que no figura autorización

expresa de ellos para su realización y, por ende, esos tiempos adicionales no configurarían horas extras.

2. Días computables para el pago del descanso semanal obligatorio

A diferencia del marco normativo actual que se encuentra presente en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 012-92-TR, el proyecto normativo establece, como regla general, que todo día de suspensión imperfecta laboral será considerado como día efectivamente laborado para el cálculo y percepción de la remuneración del día de descanso semanal obligatorio; lo cual implica una fórmula más amplia y beneficiosa para el trabajador.

Asimismo, contribuye a reducir nuestra dispersión normativa, ya que se considera como día efectivamente laborado días distintos como por ejemplo la norma de compensación por tiempo de servicios (Decreto Supremo N° 001-97-TR, artículo 8), la norma de vacaciones (Decreto Legislativo N° 713, artículo 12) y la norma de gratificaciones (Decreto Supremo N° 005-2002-TR, artículo 2); en el presente caso se considerará como día efectivamente laborado todo día de suspensión imperfecta de labores.

146

3. Trabajo en día feriado y día laborable

En la normativa vigente, si un trabajador inicia a laborar en día laborable y su jornada se extiende hasta el día feriado posterior, no se considerará la realización de trabajo alguno en día feriado ni, por ende, habrá derecho al pago de sobretasa.

El proyecto de anteproyecto de Código de Trabajo buscaría establecer como previsión que ante la situación descrita en el párrafo anterior las horas que se laboran en el feriado, incluso cuando son la continuación de las labores iniciadas en un día laborable, deben ser retribuidas con las sobretasas propias del trabajo en día feriado; siendo esta precisión justa para el trabajador y el empleador porque considera para el pago de la sobretasa sólo las horas laboradas en día de feriado.

4. Remuneración vacacional

El proyecto de anteproyecto de Código de Trabajo establece que para la determinación de la remuneración vacacional se incluirá “el promedio de las

remuneraciones imprecisas o variables percibidas en el último semestre anterior a la fecha de descanso y excluyendo las remuneraciones periódicas”. Con esta previsión, a diferencia de la normativa actual que remite el cálculo al utilizado para la determinación de la compensación por tiempo de servicios y que exigía que bajo la aplicación del principio de regularidad se perciban dichas remuneraciones en tres meses en el semestre; en el proyecto normativo esta regularidad no sería exigible y se incluirían todas las comisiones promediadas en el semestre.

Asimismo, disipa las interpretaciones efectuadas por los aplicadores del derecho, ya que algunos consideran que el promedio de las remuneraciones imprecisas o variables se determinará en función de los 12 meses y otros en función a los 6 meses.

IV. COMENTARIO FINAL

El capítulo del anteproyecto de Código de Trabajo que regula la jornada de trabajo contempla varias precisiones favorables al trabajador que encontrarían sustento, desde nuestro punto de vista, en el principio de progresividad. Este principio, que encuentra sustento normativo en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el numeral 2.1. del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el inciso 8 del artículo 19 de la Constitución de la OIT, y el artículo 10 de la Constitución nacional vigente, busca otorgar una mayor extensión y progresión en la protección de los derechos sociales.

Por lo tanto, consideramos conforme con este principio las previsiones en materia de jornada de trabajo, sobretiempos y los descansos remunerados que contempla el anteproyecto de Código de Trabajo; al no tergiversar ni afectar el derecho fundamental de libertad de empresa del empleador y al constituir una mejora importante y razonable para los derechos laborales.

**EXTINCIÓN DE LA
RELACIÓN LABORAL
14/07/2022**

LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL SIN VOLUNTAD DE LAS PARTES¹

CECILIA GUZMÁN-BARRÓN LEIDINGER²

Esta propuesta de regulación alcanzaría sólo al 23% de la población económicamente activa del Perú que se encuentra en la formalidad. Este grupo sería en realidad el destinatario del futuro Código de Trabajo, hoy anteproyecto. Por lo tanto, parece que siempre se deja de lado a la amplia mayoría de las personas que no forman parte de la formalidad en Perú.

Es interesante siempre hacer una comparación, antes de entrar al tema de fondo, de qué pasa con la región porque tenemos por costumbre extrapolar o tomar nota de otras jurisdicciones. Según datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Argentina, a pesar de la situación en la que se encuentra hace varios años, tiene muchos más trabajadores formales que informales. Algo similar ocurre en Brasil, mientras que en México y Chile, a pesar de la cercanía, el sector laboral formal se encuentra mejor que el empleo informal.

El escenario peruano es justamente el contrario. Es el país dentro de los comparativos regionales que presenta más informalidad que empleo formal. Aquí resulta clave reflexionar sobre qué se está haciendo para lograr un mayor grado de formalización y por qué no se atiende la situación de una masa tan importante de personas que se encuentran en la informalidad. Independiente-

1 El presente artículo es una síntesis de la ponencia realizada por el autor durante el ciclo de conferencias “El Anteproyecto del Código de Trabajo bajo análisis”, celebrado entre los meses de junio y agosto de 2022. El expositor no ha revisado ni realizado correcciones sobre la versión escrita de su presentación en formato oral.

2 Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con Doctorado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Salamanca (España). Profesora de la Facultad de Derecho de la PUCP. Socia líder del área laboral de DL Piper Perú.

mente de que contar con un cuerpo normativo que reúna todas las normas en materia laboral sea relevante para el régimen de actividad privada, no se puede perder de vista que cualquier sobrerregulación en materia laboral puede llevar a un aumento de la informalidad.

CAUSALES NO VOLITIVAS O SIN VOLUNTAD DE EXTINCIÓN

Ahora bien, el artículo 131 del anteproyecto del Código de Trabajo menciona cuatro causas fundamentales para la extinción involuntaria: el fallecimiento de las partes (en el caso del empleador cuando se trata de una persona natural); la situación que antiguamente se conocía como invalidez absoluta y permanente; y finalmente los casos de jubilación. La propuesta de regulación despoja del elemento objetivo característico a algunas de estas causales. Asimismo, introduce una valoración en tres de los cuatro casos, lo que modifica sustancialmente la regulación de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que hoy rige este tipo de ceses.

152

Estas causales fueron concebidas con la introducción de una valoración subjetiva en vistas de que el hecho extintivo de la relación laboral era ajeno a las partes. Sin embargo, ahora se busca complementarlas o incluso sustituirlas por un elemento subjetivo que finalmente va a tener que ser analizado por la autoridad judicial. Esto también altera las causales de extinción - especialmente aquellas que no tengan elemento volitivo - y promueve la conflictividad laboral tanto como la judicialización del tema ante un nuevo alcance normativo, que exigirá la interpretación de la judicatura para definirlo.

En términos generales, estas causales han sido despojadas de su carácter objetivo al haberse introducido valoraciones, elementos que van a requerir de un intérprete y que de alguna manera importante alterarán el contenido de la regulación vigente. Como resultado habrá inseguridad jurídica en el momento menos indicado, cuando las relaciones laborales son pocas producto de la baja formalidad laboral y muchas personas están en la informalidad. Este paso desincentivaría de manera indirecta la formalización.

Corresponde abordar los motivos de baja en los puestos registrados por el sector formal privado. El propio informe de la comisión sectorial que elaboró el anteproyecto destaca cuántas personas han sido dadas de baja en los años

2015, 2020 y 2021 por los motivos anteriormente enumerados. Entre los casos de fallecimiento del trabajador se verifica un aumento por razones evidentes (pandemia COVID-19), hubo un ligero incremento en el número de personas que se jubilaron en el 2021, mientras que llama la atención la reducción en el uso de la causal de invalidez absoluta y permanente (registrándose 104 casos durante 2020 y apenas 41 personas al año siguiente).

Algo evidentemente ha sucedido con esta causal que se puede explicar de la siguiente manera: la causal de fallecimiento de las partes no tiene mayores cambios al día de hoy en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (léase el texto único ordenado del Decreto Legislativo 728). Ante el carácter personalísimo de la prestación de servicios, fallecido el trabajador o la trabajadora, queda extinguida la relación laboral.

En el caso del empleador, siempre que éste sea una persona natural, no solamente está regulado por el artículo 132 referido a su fallecimiento sino también que lo reitera el artículo 10 del anteproyecto. Este último hace referencia a la reorganización de la empresa o constitución del empleador, señalando expresamente que las relaciones laborales dependerán de si los herederos continúan con el negocio al fallecer la persona natural. Si la persona natural fallece y los herederos no continúan con la actividad del negocio, la relación laboral termina como indica la regla todavía vigente al día de hoy.

En cambio, si se observan modificaciones en la causal de despido por invalidez. Actualmente existe un proteccionismo indirecto cuya manifestación es precisamente la regulación de la llamada invalidez absoluta y permanente, que se encuentra expresada así:

- El primer supuesto previsto en el artículo 23, inciso A, hace mención a las deficiencias físicas, intelectuales y de otro tipo que sobrevienen, sin poder adaptar los puestos de trabajo en cuestión (a través de lo que se denomina ajustes razonables) a las nuevas circunstancias del trabajador para obtener una prestación de servicios. Esto exige que no haya un puesto al cual el trabajador pueda ser transferido y que no le genere a su persona o a terceros un riesgo en su seguridad o en su salud. Cabe destacar que en caso de incapacidad parcial y permanente también se recurre a los ajustes razonables regulados por la Ley de Personas con Discapacidad.

- La otra alternativa está referida en el artículo 10 y señala que ante una invalidez absoluta y permanente la extinción es automática, siendo validada por un tercero (representante del Seguro Social de Salud
- EsSalud- o del propio Ministerio de Salud -Minsa-). Aquí se determinará si el hecho objetivo ajeno a la voluntad de las partes puede dar lugar a la finalización del contrato de trabajo como causal objetiva, ya que existe un tercero o perito conocedor en la materia, es decir, la Comisión Evaluadora y Calificadora en Capacidad de Salud o el ministerio que evaluarán si la invalidez es absoluta y permanente para dar lugar a la extinción de la relación laboral. El cese tiene lugar tan pronto el informe es comunicado al empleador.

Actualmente tenemos dificultades al no existir protocolos ni en EsSalud ni en el Minsa que permitan la emisión de estas evaluaciones o dictámenes, dando lugar a la extinción automática. Eso explica la reducción del uso de esta causal por parte de los empleadores para dar lugar a la extinción del vínculo laboral. Habría que preguntarle a los 41 casos registrados en 2021 cómo pudieron llegar a esta extinción cuando no existe un protocolo, ni por parte del Minsa, ni por cuenta de EsSalud, para evaluar tal escenario.

154

La preocupación de abogados laboristas y operadores del derecho en general ha estado centrada en que no existen esos protocolos y en cómo se podría dar un elemento o herramienta de seguridad jurídica viable a una causal que es real. A día de hoy a pesar de todos los comentarios, en foros académicos y no académicos, se ha planteado esta preocupación y no ha habido cambio en la legislación, ni voluntad política de que esto se reglamente, por lo que seguimos teniendo dificultades para llevar a cabo una extinción del vínculo laboral por invalidez absoluta y permanente.

LA NUEVA INVALIDEZ

El anteproyecto, en este sentido, lo que hace es subjetivizar una causal objetiva de extinción de la relación laboral y esto representa un grave retroceso al generar una réplica de lo que hoy ya existe bajo la causal de despido por capacidad (literal A del artículo 23 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

El texto del artículo 135 de la propuesta tiene varios aspectos a destacar. En primer lugar estamos hablando de una deficiencia sobrevenida (física, intelectual, mental o sensorial). Luego, para que se dé esta invalidez, el empleador debe haber intentado que esta nueva situación del empleado no le impida continuar trabajando y para ello adoptar ajustes razonables acordes al nuevo escenario, es decir, qué podría hacer el empleador para que el puesto se adecúe a las nuevas circunstancias del trabajador (de forma similar a lo ya previsto en el artículo 23 de la legislación vigente).

El tercer elemento consiste en que esta nueva situación, a pesar de los ajustes razonables, le impide al trabajador realizar sus tareas. Léase que a pesar de los esfuerzos por la vía de los ajustes razonables, que al final del día no han logrado que el empleado pueda prestar de manera efectiva sus labores, el empleador tampoco tiene vacantes disponibles para poderlo transferir sin riesgos para la salud o la seguridad del trabajador o de terceros. Hoy la causal de invalidez es automática y exige la declaración por Comisión Calificadora, mientras que el anteproyecto del Código de Trabajo regula la invalidez como un despido por capacidad.

El despido por capacidad previsto en el artículo 138.1 exige detrimento o ineptitud sobrevenida determinantes para el desempeño de las tareas del trabajador, ajustes razonables e inexistencia de puesto vacante para transferirlo. En resumen, si comparamos tenemos que las causales de invalidez y de detrimento o ineptitud de las capacidades prácticamente no presentan diferencias en términos de requisitos para su aplicación. Se han introducido todas las variables actualmente exigidas para un despido por capacidad y se ha dejado el requisito de la calificación por un tercero, cuya finalidad no parece evidente.

De esta forma, se restringe más y se subjetiviza una causal de extinción de la relación laboral que ya no basta sea absoluta y permanente sino que además hay que demostrar que no se pueden dar los ajustes razonables, que hay impedimento para las tareas y que no hay otro puesto al cual transferir al empleado. No tiene lógica tener dos normas iguales en la práctica, cuando una evidentemente exige una valoración porque el juez evaluará si se dieron todos los supuestos tal y como sucede para los casos de invalidez bajo las reglas del anteproyecto. En realidad se ha regulado por duplicado la causal de invalidez absoluta y permanente, de forma que el empleador no pueda utilizarla para extinguir el vínculo.

COMENTARIOS DE CIERRE

No hay que olvidar que la causal de jubilación, al igual que en los casos de invalidez, ahora tiene un elemento adicional, dejando de ser automático el proceso a los 70 años. Con la normativa vigente a la fecha, para poder extinguir el vínculo por jubilación entre los 65 y los 69 años se deben haber cumplido los requisitos para acceder a una pensión. A partir de la aprobación del anteproyecto se pediría lo mismo a los 70 años.

Hay una parte favorable en la eliminación del rango etario que preveía una renta vitalicia imposible en la práctica porque la esperanza de vida va creciendo año a año y evidentemente nadie quería comprometerse de por vida a pagar una cantidad de dinero sin saber hasta cuándo, es decir, nuevamente un caso de inseguridad jurídica. Esa posibilidad queda descartada, quedando la jubilación obligatoria a los

70 años siempre y cuando se tenga derecho a la pensión. Existe una discusión sobre este punto a nivel de jurisprudencia y parte de ella terminó con el famoso acuerdo 2017 del pleno jurisdiccional laboral de Lima, donde se dejó abierta la posibilidad a que se pacte la extensión del vínculo y se postergue el momento extintivo más allá de la edad señalada.

156

La propuesta de regulación de este anteproyecto no soluciona esta discusión, por lo que podría seguir siendo aplicable esta posición del pleno. Y, por último, corresponde mencionar la causal perdida, es decir, la condición resolutoria como causal de extinción que era un motivo abierto y utilizado muchas veces en contratos indefinidos. Se planteaba la condición resolutoria como causal de cese del vínculo laboral acorde a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, dando incluso lugar a la casación 4936-2014 del Callao en la que se establecieron los requisitos para que la condición resolutoria fuera una causa válida de extinción de la relación laboral.

Parece un retroceso que se elimine porque en algunos casos si es necesario que exista esta condición resolutoria. Sin ir muy lejos, situaciones concretas vinculadas con el COVID-19, como por ejemplo, aquellas personas que fueron contratadas para tomar la temperatura al ingresar a un establecimiento. No había manera de encauzar tal situación y el camino era la condición resolutoria. Este último ejemplo era un motivo concreto ya que justamente las condiciones que

habían sido establecidas por la Corte Suprema eran que estuviera expresamente establecido cuál era aquel hecho ajeno a las partes que iba a generar la extinción, que evidentemente era un hecho incierto e involuntario, y finalmente la validez de la misma como un hecho que efectivamente pudiera darse.

Esos tres requisitos y esta sentencia de la Corte Suprema que establecía un lineamiento de cómo interpretar la condición resolutoria ya no tendría sentido bajo el anteproyecto del Código de Trabajo.

LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO LABORAL EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO: ÉNFASIS PUESTO EN LAS CAUSALES CON INTERVENCIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

MANUEL DE LAMA LAURA¹

El artículo 131 del anteproyecto del Código de Trabajo recoge las que serían las causales de extinción del vínculo laboral, en caso esta propuesta “viera la luz”. Desde una primera revisión de este listado, no se observan muchas diferencias con su par vigente, salvo la denominación del mutuo disenso, que sería un “acuerdo extintivo”, y el caso de la causal de la invalidez absoluta y permanente que ya no se recoge en el anteproyecto, y cuyo lugar sería ocupado por la causal que consiste en la declaración, por parte de la comisión calificadora, de la existencia de deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de las tareas del trabajador, la cual actualmente es una causal de despido por capacidad.

No obstante lo indicado, a partir de la revisión del desarrollo de cada una de ellas, podemos ir notando algunas otras diferencias un tanto más significativas. En esta oportunidad, presentaremos un breve análisis de estas últimas y de las implicancias que se darían en caso el anteproyecto se apruebe; aunque, cabe precisar, nos referiremos solamente a las causales de cese derivadas de la voluntad de las partes (unilateral o bilateralmente), salvo el caso del despido.

1 Abogado por la Universidad de Piura y Magíster de Derecho del Trabajo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor universitario a nivel de pre y posgrado. Asociado a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. CAUSA RELACIONADA CON LA PARTICIPACIÓN DE LA VOLUNTAD UNILATERAL DEL TRABAJADOR: LA RENUNCIA

Empecemos con un cuadro comparativo de la regulación de esta causal, tanto en la normativa vigente como en el anteproyecto:

Normativa vigente	Regulación del anteproyecto
Artículo 18 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral	Artículo 133. Renuncia del trabajador
En caso de renuncia o retiro voluntario, el trabajador debe dar aviso escrito con 30 días de anticipación. El empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día.	La renuncia es el acto voluntario y unilateral por el cual el trabajador, sin la obligación de expresar causa , extingue la relación de trabajo. El trabajador debe comunicar su renuncia por escrito, con treinta (30) días calendario de anticipación. El empleador puede exonerarlo de este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador. En este último caso, la solicitud se entiende aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día. La renuncia sólo puede quedar sin efecto por acuerdo suscrito entre las partes (resaltados nuestros).

160

Más allá de la forma de redacción de cada precepto, se advierte que la mayor parte de la normativa sobre la renuncia no variaría, salvo dos aspectos novedosos que aparecen en el anteproyecto. El primero de ellos, si bien es cierto implicaría una adición en torno a la regulación de esta causal, no implicaría una modificación importante. En efecto, que el anteproyecto precise que la renuncia es incausada, no significa que actualmente no lo sea, dado que esta característica le es ínsita a su naturaleza, en la medida en que esta decisión del trabajador proviene, o tiene su origen, en el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de trabajo. Ya la jurisprudencia y la doctrina² han revelado esta vinculación jurídica, por lo que, reiteramos, el añadido mencionado, no aportaría mayor novedad a la regulación de la renuncia.

Lo que sí importaría un cambio importante por parte del anteproyecto en torno a la renuncia, es la precisión sobre la forma en la que se deja sin efecto la misma. Al respecto, la propuesta normativa plantea que para que lo descrito ocurra, debe haber un acuerdo entre las partes. Esta situación no está regulada

2 Cfr. Casación Laboral N° 16084-201-La Libertad. Por su parte, se puede revisar: Blancas, Carlos (2013:42); Quiñones, Sergio (2007:169); Montoya, Alfredo (2014:467).

actualmente, por lo que la jurisprudencia ha tenido que brindarle una solución similar a la recogida en esta propuesta normativa.

Justamente, ha sido el Tribunal Constitucional el que considera que, cuando el trabajador se desiste de su renuncia, es una atribución de la empresa aceptar o no tal revocatoria, es decir, constituye una potestad de la empresa aceptar o rechazar el referido desistimiento³, lo cual, en buena cuenta, implica la configuración de un acuerdo de voluntades para dejar sin efecto la dimisión presentada previamente por el trabajador.

2. CAUSAS RELACIONADAS CON LA PARTICIPACIÓN DE LA VOLUNTAD DE AMBAS PARTES: EL ACUERDO EXTINTIVO Y LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA

Iniciemos este apartado con la comparación de la regulación actual del mutuo disenso y de su par en el anteproyecto:

Normativa vigente	Regulación del anteproyecto
Artículo 19 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral	Artículo 133. Acuerdo extintivo
El acuerdo para poner término a una relación laboral por mutuo disenso debe constar por escrito o en la liquidación de beneficios sociales	El acuerdo de partes para poner término a la relación de trabajo debe constar por escrito. Igual efecto produce la puesta a disposición del cargo, si es aceptada dentro de los treinta (30) días calendario de su presentación , salvo en los casos previstos en los artículos 119 y 315 (resaltado nuestro).

En primer lugar, de la comparación realizada, se advierte que la extinción por mutuo disenso cambiaría de nombre, aunque no de naturaleza, si el anteproyecto se aprobara. De esta manera, el “acuerdo extintivo” sería, creemos, una denominación de esta causal, que refleja mejor lo que sucede con esta clase de extinción, dado que el término “disenso” alude, más bien, a un desacuerdo. Por otro lado, nótese que la figura denominada “puesta a disposición del cargo”, que actualmente, nuestra normativa, asemeja a la renuncia⁴, es trasladada, por el anteproyecto a la regulación del “acuerdo extintivo”.

3 Cfr. sentencias recaídas en los Expedientes N° 01568-2013-PA/TC y 02726-2011-PA/TC

4 Artículo 28 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo (RLFE).- La puesta a disposición

Al respecto, creemos que el anteproyecto acierta al hacer esta precisión, dado que, finalmente, cuando el trabajador pone a disposición su cargo, y el empleador acepta ello, lo que realmente y en estricto, se está produciendo, es un acuerdo de voluntades para extinguir el vínculo laboral.

Por su parte, el anteproyecto regula un plazo para que la puesta a disposición del cargo sea aceptada y de esa forma surta los mismos efectos que el acuerdo extintivo. Actualmente, este plazo no se encuentra previsto, lo cual ha generado que la jurisprudencia convalide, creemos erróneamente, la extinción del vínculo por puesta a disposición del cargo pese al transcurso de un tiempo irrazonable entre la comunicación del trabajador y la aceptación del empleador.

Justamente, dicha apreciación judicial se dio en el caso resuelto por la Casación N° 5569-2018-Lima, en la que la Corte Suprema señaló que toda vez que el artículo 28 del RLFE no establece un plazo máximo para la validez de la puesta a disposición del cargo al empleador, no se puede considerar que el hecho de que haya transcurrido cuatro meses, desde la comunicación del trabajador hasta la aceptación del empleador, invalide la renuncia voluntaria.

162

Nosotros creemos que, de ser aprobado el anteproyecto, más allá de que no expresa con claridad cuáles son los efectos que se producirían en caso el empleador no brinde una respuesta dentro de los 30 días de comunicada la puesta a disposición del cargo, por parte del trabajador, se evitaría que aquel se tome un tiempo irrazonable y desmedido, para brindarle una respuesta a este último. Y es que, una aceptación tan tardía de la puesta a disposición, podría generar expectativas legítimas del trabajador de permanencia en su puesto de trabajo, siendo que, más bien, validar aceptaciones desprovistas de inmediatez de la puesta a disposición, provocaría una imprevista e impensada situación de desempleo, junto con las consecuencias económicas y emocionales que ella conlleva. Al menos, sabiendo un trabajador que el empresario tiene un plazo para brindarle una respuesta a su puesta a disposición, podría ir viendo, buscando y analizando nuevas opciones de trabajo que le permitan rápidamente evitar situaciones como las descritas.

del cargo aceptada por el empleador, equivale a una renuncia y se encuentra comprendida dentro de los alcances del Artículo 51 de la Ley.

Por su parte, la otra causal de extinción que se deriva del concurso de voluntades de las partes, se configura con la celebración de los contratos temporales o sujetos a modalidad. Sobre ellos, habría que iniciar indicando que el anteproyecto plantea menos figuras contractuales temporales (serían 5) y reduce notablemente la duración máxima de aquellos sujetos a topes en sus plazos de celebración, salvo el caso del contrato ocasional. De este modo, el contrato por inicio de actividad solo puede tener una duración máxima de 18 meses, mientras que el contrato por necesidades coyunturales, solo 1 año como máximo. En relación con los otros contratos temporales (contrato de suplencia y contrato por obra determinada o para servicio específico), la duración máxima dependerá de la necesidad de sustitución o de la conclusión de la obra o del servicio específico, respectivamente.

En segundo lugar, habría que llamar la atención sobre un punto que sí resultaría importante que se regule y que el anteproyecto recoge sobre la duración máxima de estos contratos temporales. Actualmente, el artículo 74 del TUO-LPCL prevé que en los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de 5 años. Esta disposición, en opinión de algunos especialistas, aplica para el encadenamiento de distintos contratos sujeto a modalidad, incluidos los que su duración, en estricto, no depende de plazos máximos (contrato de suplencia, por obra o servicio específico, etc.)⁵, mientras que otros consideran que este tope solo aplica para el encadenamiento de contratos que sí están sujetos a estos plazos⁶.

Pues bien, esta interrogante actual, se superaría si se aprobara el anteproyecto dado que su artículo 28 precisa que, si bien es cierto, es posible el encadenamiento de contratos bajo distintas modalidades con el mismo trabajador, siempre que en su conjunto no excedan del plazo máximo de 2 años (actualmente es de 5

5 Inclusive en alguna oportunidad, la Corte Suprema lo entendió de esa forma respecto de los contratos por obra determinada. Ver las Casaciones N° 1066- 2001-Lima y 1237-2001-Piura. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional, en alguna oportunidad, deslizó también la idea que este plazo máximo aplicaba para los contratos intermitentes (Expediente N° 00471-2011-PA/TC) y para los contratos por obra o servicio específico (Expedientes N° 04328-2007-PA/TC y 002-2008-PA/TC)

6 Cfr. Arce (2006:47) y Toyama (2015:87).

años), este plazo no es aplicable a los contratos por suplencia, por obra determinada ni para servicio específico (resaltado nuestro), lo cual, consideramos, resulta pertinente debido a que la misma naturaleza de estos últimos, implica que su duración dependa más de que se concrete un acontecimiento futuro objetivamente incierto (retorno del titular sustituido o conclusión de la obra o servicio, según corresponda), que del cumplimiento de un plazo máximo.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA
19/07/2022

PRINCIPALES PREOCUPACIONES EN TORNO A LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL ARBITRAJE EN EL MARCO DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO

LIDIA VILCHEZ GARCÉS¹

INTRODUCCIÓN

El contenido de diversos capítulos del anteproyecto del Código de Trabajo (en lo sucesivo, ACT) genera gran preocupación e incertidumbre. Ello obedece a una decisión por parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) que resulta doblemente contraria a la búsqueda necesaria de consensos entre expertos del sector empleador y del sector trabajador.

Por un lado, son múltiples las cláusulas en las cuales el ACT se ha apartado o ha pasado por alto los acuerdos preexistentes a los que se llegó: (i) a través de la Comisión de Expertos designada por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso en 2001; (ii) en el seno del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (CNTPE) en el año 2006 (consensuándose el Proyecto de Ley General de Trabajo - PLGT) y; (iii) en la actualización del PLGT en 2011, a través de una nueva Comisión de Expertos. Es decir, existían múltiples temas previamente convenidos, respecto de los cuales se han introducido modificaciones trascendentes sin sustento técnico que justificara tal apartamiento, tal

1 Socia del área laboral, responsable del equipo de consultoría, prevención y solución de conflictos colectivos de trabajo en Philippi, Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Docente de la Maestría de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

y como ocurre en la regulación en materia de negociación colectiva y arbitraje, materia del presente Trabajo.

Por otro lado, siendo un proyecto de norma de la máxima trascendencia e impacto en materia laboral individual y colectiva, resultaba indispensable – tal y como lo ha reconocido la propia OIT² - desplegar esfuerzos legítimos para garantizar el diálogo social tripartito y alcanzar consensos.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante detenerse a analizar aquellos aspectos que generan mayor preocupación en materia de derecho colectivo del trabajo, en particular, en lo que atañe a la regulación del capítulo sobre negociación colectiva y sobre el arbitraje laboral.

I. PRINCIPALES MODIFICACIONES DEL ACT EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. Determinación del nivel de negociación

Legislativamente, no existe un nivel prioritario para la negociación colectiva, toda vez que la preferencia por el nivel de empresa fue eliminada del primer párrafo del artículo 45 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (TUO LRCT), mediante la Segunda Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley 31110. Dicha modificación conlleva que las partes deben acordar el nivel de la primera negociación, siendo – a falta de acuerdo – posible recurrir a los mecanismos alternativos de solución de los conflictos (entre ellos, ciertamente, el arbitraje)³. Cabe precisar que, existien-

2 A través de la carta remitida por el Director General de la OIT a la entonces Ministra de Trabajo con fecha 27 de abril de 2022, a través del cual expresó “que las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores deben ser consultadas de manera efectiva el proceso de adopción de instrumentos legislativos o reglamentarios susceptibles de afectar los intereses de sus miembros. Tal consulta es de especial trascendencia cuando se contemple una reforma general de la legislación del trabajo” (...).”

3 Cabe puntualizar que la determinación del nivel de la negociación por las partes o, en su defecto, mediante el arbitraje, fue una materia que había sido consensuada en la revisión del ALGT de 2011, en la línea siguiente: “La negociación colectiva se llevará a cabo en el nivel que acuerden las partes. De no existir convenio colectivo vigente en cualquier nivel, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablaran la primera negociación. A falta de acuerdo, el diferendo se someterá al arbitraje (...)”. Conforme se aprecia, esta redacción zanjaría inclusive la problemática derivada de la voluntad de una de las partes de introducir un

do previamente una negociación colectiva en algún nivel, para producirse un cambio, corresponde – como único camino posible – el acuerdo de partes, de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 45 del TUO LRCT.

No obstante lo anterior, el ACT plantea una nueva regla para la determinación del nivel de negociación; a saber, que “el nivel será el del ámbito de representatividad de la organización sindical”. Así, por ejemplo, siguiendo esta redacción, si un sindicato se encuentra constituido como uno de empresa (ergo, que representa a trabajadores de una empresa), la negociación sería de empresa; si, en cambio, un sindicato se constituye a nivel de rama de actividad, su nivel de negociación será aquél.

Esta fórmula legislativa, que asigna total control sobre el nivel de la negociación a las organizaciones sindicales, resulta sumamente cuestionable pues implica vulnerar frontalmente el principio de negociación libre y voluntaria, reconocido como uno de los principios esenciales de la negociación colectiva por parte de la OIT, conforme a lo sintetizado en los Acápites 1313 y 1316 de la Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, conforme a lo siguiente:

*“1313. La negociación voluntaria de convenios colectivos y, por tanto la **autonomía de los interlocutores sociales en la negociación**, constituye un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical.*

*1316. Ninguna disposición del artículo 4 del Convenio núm. 98 obliga a un gobierno a imponer coercitivamente un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, **intervención gubernamental que claramente alteraría el carácter de tales negociaciones**”⁴.*

(El énfasis es añadido).

Así, como en el pasado, la preferencia por el nivel de empresa, implicaba una vulneración a dicho principio en agravio de los sindicatos, ahora, prescribir que sea exclusivamente la organización sindical quien defina unilateralmente el

cambio en el nivel de la negociación, pues la regla del acuerdo o, en su ausencia, el arbitraje, era una transversal para toda negociación colectiva, y no solamente en el caso de la primera de ellas.

4 OIT. (2018). La Libertad Sindical Recopilación de las decisiones del Comité de Libertad Sindical (Vol. Sexta Edición). Ginebra, Suiza: Oficina Internacional del Trabajo de Ginebra.

nivel en base a su elección de ámbito de representatividad, implica una afectación equivalente, esta vez, en agravio del sector empleador.

En este orden, hubiera correspondido, en respeto al principio antes aludido, que no existiera ningún nivel de preferencia para entablar negociaciones colectivas, trasladando a las partes la carga de ponerse de acuerdo, en desmedro de lo cual, hubiera correspondido acudir a los mecanismos alternativos de solución de los conflictos colectivos.

2. Entrega de información

La regulación propuesta en el ACT respecto de la entrega de información es una manifestación gráfica del movimiento pendular del derecho del trabajo, además de ser una consecuencia de las limitaciones en cuanto al acceso a la información que ha padecido el sector sindical en el marco de la negociación colectiva. Así, los sindicatos han negociado durante las últimas décadas, en muchos casos, prácticamente sin conocer cuál era la situación económica y financiera de su contraparte, en atención a la resistencia empresarial de proporcionar información actualizada sobre dicha situación y a la situación de frecuente desconfianza entre ambas partes.

Cómo es incuestionable, “el derecho de información es una manifestación concreta del deber de negociar de buena fe, pues a través de él se busca facilitar al Sindicato el conocimiento de la real situación de la Empresa, generando ello – como correlato – la preparación de un pliego petitorio idealmente, razonable y contextualizado”⁵. En este contexto, si bien es positivo delimitar qué información se debe proporcionar⁶, la inclusión dentro de la regulación, de la obligación de entrega de las boletas de pago de los trabajadores del ámbito conlleva una contravención a la regulación en materia de protección de datos personales (Ley de Protección de Datos Personales – LPDP).

5 Zavala, J., & Vilchez, L. (2016). *El Desafío de la Negociación*. Lima: AELE.

6 De acuerdo con el artículo 394 del ACT, “(...) En el caso de la negociación colectiva a nivel de empresa, esta información, que deberá referirse por lo menos a los dos últimos ejercicios económicos, de ser el caso, deberá incluir como mínimo: 1. Balance General y Estado de Ganancias y Pérdidas; 2. Las planillas de remuneraciones de los trabajadores del ámbito negocial, del semestre anterior a la solicitud de información; 3. La última memoria anual, de ser el caso.

Así, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.5 de la LPDP, la información sobre los ingresos de los trabajadores constituye información de carácter sensible⁷. En esa medida, para su divulgación se exige el consentimiento expreso y por escrito de cada titular, conforme a lo dispuesto por el artículo 13.6 de dicha Ley⁸.

En este orden, la información de los ingresos de los trabajadores contenida en las boletas de pago, únicamente puede divulgarse tras mediar consentimiento por escrito de cada uno de los titulares de los datos, sean o no sindicalizados. Más aún, el artículo 16 de la LPDP precisa que sólo la ley puede introducir limitaciones al ejercicio pleno de este derecho, “cuando confluyan motivos importantes de interés público”.

Visto lo anterior, la imposición para el empleador de hacer entrega de boletas de pago de los trabajadores supone una confrontación directa respecto del derecho de los individuos al adecuado tratamiento de sus datos personales y, en particular, de sus datos sensibles. Por tanto, para evitar incurrir en la ilegalidad antes referida, correspondería modificarse este extremo de la norma, exigiéndose siempre para esta entrega, el consentimiento expreso y por escrito por parte de cada trabajador.

3. Representatividad de los sindicatos minoritarios

En cuanto a este extremo se identifica un acierto en la redacción del ACT, en la medida en que se mantiene la regla sobre mayor representatividad asignada al sindicato que agrupe a la mayoría absoluta de trabajadores del ámbito; se mantienen reglas respecto de los sindicatos minoritarios (negocian sólo respecto de sus afiliados), pero se introduce un reconocimiento importante del derecho

7 Artículo 2. Definiciones Para todos los efectos de la presente Ley, se entiende por: Datos sensibles. Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos; opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual.

8 “Artículo 13. Alcances sobre el tratamiento de datos personales: 13.6 En el caso de datos sensibles, el consentimiento para efectos de su tratamiento, además, debe efectuarse por escrito. Aun cuando no mediara el consentimiento del titular, el tratamiento de datos sensibles puede efectuarse cuando la ley lo autorice, siempre que ello atienda a motivos importantes de interés público”. (El énfasis es nuestro).

de los sindicatos minoritarios de participar proporcionalmente en la negociación colectiva encabezada por el sindicato mayoritario.

Esta previsión es apropiada, en la medida que permite zanjar normativamente una situación que, si bien ya había sido abordada por el Tribunal Constitucional en similar sentido⁹, en la práctica, venía implicando una exclusión total de determinados sindicatos minoritarios de cualquier participación en el proceso de negociación colectiva. Así, en el marco de esta propuesta de disposición, los sindicatos mayoritarios no podrían privar a los minoritarios de tener una participación, ciertamente menor, en la negociación colectiva, lo cual vuelve a garantizar el derecho de todos los trabajadores, y no solo los afiliados a una organización mayoritaria, a participar en un proceso de negociación colectiva.

4. Arbitraje potestativo

En la misma línea de lo regulado de manera ciertamente ilegal e inconstitucional en el Decreto Supremo 014-2022-TR¹⁰, el ACT propone que el arbitraje potestativo sea un derecho exclusivo de los trabajadores, el cual puede ser solicitado en caso de la primera negociación o de mediar actos de mala fe. A solicitud de los trabajadores, los representantes del empleador deben designar a su árbitro de parte dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

9 Fundamento N° 16 del Expediente N° 0205-2011-PA/TC: “16. Ahora bien, lo afirmado no significa que los Sindicatos minoritarios, desconociendo el sistema de representación en la negociación colectiva vigente en el Perú, pretendan iniciar la negociación colectiva individualmente al margen del Sindicato que represente a la mayoría absoluta de los trabajadores, rompiendo con ello este principio, afectando la efectividad en la defensa de los derechos de los trabajadores y la unidad sindical; sino que dentro del ámbito en el que ejercen o representan sus intereses los Sindicatos minoritarios, los pliegos, las propuestas, los reclamos u otros deban ser canalizados, escuchados o incluso, si fuera el caso, con una participación activa en la negociación que lleve a cabo el Sindicato mayoritario. Esto, obviamente, ocurrirá por mutuo acuerdo de los Sindicatos en el cual establezcan el mecanismo de participación en este proceso, a fin de no vaciar de contenido el derecho a la negociación colectiva del Sindicato minoritario”.

10 Pues contraviene directamente lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del TUO LRCT: “Artículo 60.- Las partes conservan en el curso de todo el procedimiento el derecho de reunirse, por propia iniciativa, o a indicación de la Autoridad de Trabajo, y de acordar lo que estimen adecuado. Asimismo, podrán recurrir a cualquier medio válido para la solución pacífica de la controversia.

Artículo 61.- Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”.

Como es evidente, la restricción del arbitraje únicamente a favor de una de las partes negociales constituye una disposición pluriofensiva, pues implica:

- i. Una vulneración constitucional al principio-derecho de igualdad ante la ley, al materializar una diferenciación arbitraria que restringe el acceso a un derecho a un colectivo de la relación laboral - los empleadores - mientras que sí se preserva para el otro - los sindicatos.
- ii. Una violación al deber constitucional del Estado de promover formas pacíficas de solución de los conflictos colectivos de trabajo. Naturalmente, al ser los conflictos colectivos de trabajo, unos que implican a las dos partes de la relación laboral, excluir arbitrariamente a una de ellas de la posibilidad de promover una forma pacífica de solución de los conflictos, resulta inconstitucional.
- iii. Una lesión al derecho constitucional que asiste a toda persona, natural o jurídica, a acceder a la administración de justicia.

Adicionalmente, en el ACT se prevé que si ya se hubiera optado por la huelga, los trabajadores podrán optar por el arbitraje, previa comunicación al empleador, quien debe responder en contra de aquél dentro de los tres días hábiles de recibida la comunicación. Si no responde en dicho plazo, se entenderá aceptada la solicitud de arbitraje. Asimismo, se puntualiza que si es que el conflicto fue ya sometido a arbitraje, los trabajadores deberán abstenerse de recurrir a la huelga.

5. Reflexiones finales

Una transformación legislativa hacia un nuevo Código de Trabajo demanda - de parte de los tres actores de la relación laboral; a saber, trabajadores, empleadores y Estado - un verdadero esfuerzo de diálogo social y búsqueda real de consensos basados en las herramientas que proporciona el derecho. En esta línea, un nuevo Código de Trabajo no debería nunca obedecer a movimientos o contextos en los cuales el componente ideológico trascienda al componente técnico. Por ello, se debe exigir que este ACT, tanto en su dimensión individual como en la colectiva, sea discutido, analizado sin sesgos, debatido y contrastado contra el impacto que tendría eventualmente en la realidad.

En lo que respecta al componente colectivo, ciertamente se debe legislar ponderando los excesos de la legislación actual, pero sin contravenir en ningún caso, los principios de la OIT ni los derechos fundamentales de las partes de la relación de trabajo. En esta línea, urge repensar las definiciones sobre la determinación del nivel de la negociación, sobre la obligación de entrega de cierta información a los sindicatos, y sobre la exclusividad sindical para el recurso al arbitraje, todo lo cual podría teñir de inconstitucional (entendida - por cierto - desde el bloque de constitucionalidad) esta parte del proyecto normativo.

EL ARBITRAJE COMO ETAPA COMPLEMENTARIA Y FINAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

MARTÍN CARRILLO CALLE¹

Hacer una aproximación y valoración inicial al anteproyecto objeto de estudio como un trabajo de recopilación normativa, no invalida la iniciativa del Ministerio de Trabajo, pero ciertamente indica los límites de la propuesta oficial, en tanto la negociación colectiva como derecho y, en su caso, el arbitraje como un mecanismo de solución definitiva, no sólo tienen antecedentes regulatorios sino que cuentan también con una dinámica socioeconómica y una historia propia de las relaciones de poder entre los interlocutores sociales, las que le dan un valioso contexto para su estudio y análisis.

El anteproyecto se maneja en el plano de la legalidad pero le falta un componente de realidad, lo que queda en evidencia al someter su contenido normativo al examen de la cotidianidad operativa, ejercicio que obliga a tener presente que solo el 5% de los trabajadores asalariados del ámbito privado regulan sus condiciones de trabajo y empleo por la vía de negociaciones colectivas, celebradas periódicamente. Estamos ante un derecho cuya titularidad se pretende universal, pero cuyo ejercicio práctico en nuestro país resulta limitado. Y es que en el Perú, los trabajadores beneficiarios del derecho a negociar colectivamente

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios de Maestría en Derecho Civil en la PUCP y de Doctorado en Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca (España). Ha seguido cursos de especialización en derecho del trabajo, seguridad social y empleo en el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en universidades de Italia (Universidad de Bologna) y España (Universidad de Salamanca, Universidad del País Vasco, Universidad de Cantabria y Universidad Internacional de Andalucía). Es profesor del Departamento Académico de Derecho de la PUCP y está acreditado por el Ministerio de Justicia como conciliador extrajudicial e inscrito en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo.

la mejora de sus remuneraciones, constituyen un grupo estadísticamente marginal. Para modificar esta situación objetivamente demostrable, se requiere de una nueva estructura legal y de unas políticas públicas complementarias, que promuevan el ejercicio del derecho a negociar colectivamente para un mayor número de trabajadores.

Cabe recordar que en ningún caso la negociación colectiva se debe de regular para privilegiar el uso y acceso al arbitraje, que es un instrumento más de solución, entre otros existentes. Lo que debe de alentarse es la negociación de buena fe como mecanismo pacífico de composición de intereses distintos, intereses propios de cada una de las partes con legitimidad para intervenir en dicho proceso.

Como ya hemos dicho, el anteproyecto objeto de estudio es principalmente un trabajo de recopilación normativa, por lo que -por ejemplo- repite la regla por la cual el Tribunal Arbitral debe de recibir, en su momento, el expediente administrativo generado por el proceso de negociación colectiva no resuelto, en el que se debe de incluir el dictamen económico financiero elaborado por los servicios técnicos del Ministerio de Trabajo, mediante el cual se cuantifica lo solicitado por los trabajadores organizados y se analiza la situación económica financiera de la parte empleadora, para asumir lo peticionado. Nada se dice que las estadísticas oficiales del mismo Ministerio, advierten que anualmente este solo ha sido capaz de elaborar un dictamen por cada tres pliegos presentados que dan lugar al inicio de un expediente de negociación, en los años de mayor productividad administrativa, por lo que su promedio de elaboración de los mencionados dictámenes es aún inferior. Como queda en evidencia, la capacidad operativa del Ministerio de Trabajo es insuficiente para acompañar a las partes en su proceso de negociación y de llegarse al arbitraje, el déficit advertido genera demoras en la oportunidad que el Tribunal Arbitral debe de adoptar la decisión a la que está llamado y que da término al proceso de negociación. Cabe destacar que en la etapa arbitral, el tribunal no lauda teniendo en cuenta el pliego petitorio con el que se dio inicio a la negociación, sino resuelve sobre la propuesta final presentada por cada parte, en dicha etapa. Sin duda que para un tribunal arbitral será de mayor utilidad que el Ministerio de Trabajo no solo haga un dictamen para la etapa de negociación directa sino que además elabore un informe de valorización sobre las propuestas finales presentadas, en aquellos casos en que se transita la etapa arbitral. Si bien el pliego pudo haber sido im-

portante para la dinámica de la negociación directa entre las partes, sólo es un antecedente pero no el factor central de decisión, cuando se tiene que resolver la negociación por la vía arbitral.

El anteproyecto intenta básicamente consolidar la legislación preexistente, no rediseñarla. Tiene algunas pequeñas audacias normativas, pero sin llegar a configurar un modelo alternativo al vigente. Cabe advertir que presenta elementos contradictorios, pues se pretende reforzar el papel de la autoridad administrativa de trabajo en materia de negociación, pero a la vez se reducen algunas de sus competencias en la materia. El anteproyecto tiene una aproximación errática a los plazos, ya que por momentos es muy minucioso al fijar plazos muy cortos, pero en otros extremos establece plazos que conllevan interpretaciones ambiguas, por lo que serán fuente de controversias.

Hay que tener en cuenta que el arbitraje laboral tal como lo conocemos hoy en día, acaba de cumplir 30 años, pues viene regulado por el Decreto Ley N° 25593, la mal llamada Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT). Con el anteproyecto estamos perdiendo la oportunidad de rediseñar un sistema de solución de conflictos laborales de ámbito colectivo, dotándolo de mayores equilibrios internos y con la capacidad de incrementar significativamente el reducido número de trabajadores con acceso al ejercicio del derecho a negociar colectivamente.

La vigente ley (LRCT) cuenta con 11 artículos que regulan la figura del arbitraje, de ellos el anteproyecto pretende eliminar solo el original artículo 67°, en el que se habilita a la autoridad administrativa de trabajo a imponer un arbitraje obligatorio para los casos de empresas que brindan servicios públicos. Si hablamos del reglamento de la LRCT, aprobado por el Decreto Supremo 011-92-TR, existen 14 decretos supremos posteriores a dicho decreto que modifican el texto original del reglamento, recayendo la modificación en 8 de esas veces, sobre aspectos vinculados al tema arbitral. Por lo dicho, podemos afirmar que el arbitraje durante las últimas tres décadas, ha sido principalmente objeto de regulación reglamentaria antes que de reforma legislativa.

El anteproyecto convierte varias disposiciones del reglamento vigente en normas con rango de ley, y adelanta que será necesario se aprueben medidas complementarias en materia arbitral, lo que anuncia un futuro nuevo reglamento. En realidad, la idea de aprobar una ley general de trabajo o, al menos,

un código de relaciones colectivas, debería de estar asociada a contar con una norma autosuficiente, que garantice el paso de la dispersión a la concentración normativa. Nos alejamos de tal propósito cuando se avisa que harán falta normas complementarias, lo que nos lleva a desandar el camino de la unificación legislativa. Estaremos ante una concentración normativa nominal y de carácter temporal, en tanto se agregarán piezas legislativas las que - además de cumplir con una función reglamentaria - restablecerán la pluralidad de fuentes regulatorias.

En lo concerniente al reglamento vigente, los cambios que trae el anteproyecto pretenden modificar los artículos 46°, 49°, 52°, 53° y 60°. Adicionalmente, se han creado tres artículos nuevos bajo los incisos A), B) y C) del artículo 61°, los que no están en el texto reglamentario.

Teniendo la LRCT tres décadas de vigencia, hay muchas experiencias que pueden ser evaluadas y dar lugar a un “libro blanco” de análisis de la negociación colectiva, basado en evidencias. Decir que la negociación colectiva en el Perú tiene una norma que la regula desde hace 30 años, es un dato temporal normativo. Pero de hacerse un análisis socioeconómico y político de los efectos de la LRCT, quedará en evidencia que dicha ley: i) estableció originalmente la caducidad de los beneficios convencionales; ii) obligó a la revisión de los beneficios y de las condiciones pactada; iii) redujo a la cuarta parte la cobertura de la negociación colectiva en el sector privado (de cerca del 20% al 5%); iv) redujo el número de las negociaciones a nivel de rama de actividad (la que se practicaba en cerca de 10 sectores productivos ahora solo sobrevive en el sector de la construcción). Hay un análisis legal que hacer, pero también hay conocimientos de otras ciencias sociales que no deberíamos olvidar al llevar a cabo el análisis de las instituciones que conforman el derecho colectivo del trabajo. Podemos hablar, por ejemplo, de libertad sindical desde el derecho, sin dejar de establecer un diálogo con la sociología para conversar de sindicalismo o con la ciencia política para analizar los procesos socio económicos y el reparto del poder en el mercado de trabajo.

Las estadísticas oficiales del Ministerio de Trabajo demuestran que la negociación colectiva –mayoritariamente- se resuelve en trato directo y que el arbitraje ha crecido marginalmente en importancia estadística. Su mayor visibilidad en los últimos años, se debe al haber ganado algunos titulares de prensa, dependiendo de la relevancia de la empresa, de algún tipo de situación conflictiva o del sector económico productivo involucrado.

Otra evidencia con respaldo estadístico es que en nuestro país las negociaciones colectivas son muy extensas en el tiempo, tanto así que no ha acabado la negociación precedente y los trabajadores ya han presentado el pliego petitorio para dar inicio al siguiente proceso. Es posible encontrar casos de empresas con sus respectivos sindicatos que tienen dos o tres negociaciones en proceso, por lo que los trabajadores pueden recurrir en simultáneo a más de un arbitraje para resolver negociaciones de distinto ámbito temporal. Queda claro que existe una dinámica de “morosidad” que podría justificar que se fijen plazos máximos de duración de la etapa de trato directo o habilitar a que el sindicato sin ninguna reunión de negociación –ante el aplazamiento sin justificación de su inicio, por la parte empleadora- dé por concluido el trato directo y continúe con la siguiente etapa del proceso. Convendría analizar si la “morosidad” es una estrategia de parte o es expresión de una asimetría del poder en la negociación que tiene cada una de las partes en el proceso.

En el anteproyecto objeto de análisis se pueden encontrar 10 artículos con una presentación esquemática, que hacen referencia a los antecedentes y a la legislación vigente, para poder ver las fórmulas legales previamente ensayadas. La comisión de funcionarios del Ministerio de Trabajo ha desaprovechado información estadística que la propia entidad ofrece como servicio de información pública, concentrándose en la dimensión formal legal lo que debilita la calidad de la propuesta normativa.

Hay otros extremos del contenido del anteproyecto a los que por su importancia conviene hacer una específica mención. Del artículo 415° al 424° encontramos el segmento normativo dedicado al arbitraje, como mecanismo de solución pacífica de una negociación irresuelta, en todo o en parte. Se trata pues de una negociación “abierta” frente a la cual los trabajadores mantienen la disyuntiva de ir al arbitraje (la solución pacífica) u optar por ejercer su derecho de huelga (la solución conflictiva) como opciones excluyentes. Como se sabe, el arbitraje hoy tiene tres modalidades:

- Formato Convencional: nos referimos a un compromiso arbitral que nace del acuerdo entre las partes, es decir, se acuerda llegar a una solución por la vía arbitral.
- Formato Potestativo: Una de las partes puede solicitarlo y su elección obliga a la otra parte a someterse al proceso arbitral. Una única voluntad es suficiente.

- Formato Obligatorio: No es relevante la voluntad de las partes ya que de presentarse determinados supuestos, es la autoridad administrativa de trabajo la llamada a resolver la negociación colectiva que se mantiene abierta. Si bien ha sido poco usado, hay ejemplos en una empresa minera y de una entidad estatal de prestaciones de salud, cuyas negociaciones colectivas concluyeron de esta forma.

De aprobarse el anteproyecto, pasaríamos de un modelo de tres fórmulas de solución arbitral a sólo dos, ya que el anteproyecto no recoge la posibilidad excepcional de que la autoridad administrativa de trabajo sea instancia resolutoria (formato obligatorio). El anteproyecto opta por la figura del arbitraje potestativo, pero la hace privativa de los trabajadores. Además, la diseña con un elemento causal lo que hace necesario que los trabajadores imputen ante el tribunal arbitral que la parte empleadora ha incurrido en actos de mala fe, demostrando que determinadas acciones u omisiones de la parte empleadora han perturbado el desarrollo de la negociación. Perturbación que ha hecho imposible el acuerdo y, en consecuencia, como sanción a la mala fe, los árbitros deciden en primer lugar sobre la procedencia del arbitraje. Solo si los árbitros aceptan la procedencia, pasarán a conocer el fondo del asunto.

180

En consecuencia, con el anteproyecto se reabre el debate sobre si el arbitraje potestativo es causado o incausado. Para nosotros el arbitraje potestativo es un mecanismo de solución que no requiere justificación, porque lo que se busca es no dejar abierta o irresuelta la negociación. Esta posición tiene sintonía con el modelo constitucional, entendido como uno que alienta la solución pacífica. Si se cierra la puerta al arbitraje se estaría promoviendo la huelga como la única alternativa, dando lugar a una contradicción ya que lo que se debe de buscar privilegiar son los mecanismos de solución pacífica, como dice la Constitución en su artículo 28°.

En el artículo 418° del anteproyecto hay una fórmula para debatir, en tanto se posibilita un arbitraje a iniciativa de la parte empleadora, cuando el arbitraje potestativo sólo lo podrían solicitar los trabajadores, como se acaba de comentar. En este supuesto, se impone a la parte empleadora financiar los dos tercios del costo del proceso arbitral. ¿Esto quiere decir que la parte empleadora también es un sujeto habilitado para solicitar el arbitraje potestativo? ¿Se entiende que se establece como regla general que quien propone el arbitraje debe de pagar la mayor cuota del costo del proceso? Ante el déficit de confianza que existe entre

las partes, lo que se establece en el anteproyecto generará más sospechas sobre si el pago mayor que realice la parte empleadora inclinaría las preferencias del tribunal arbitral. Esto altera la regla vigente de que cada parte paga el honorario del árbitro que designa y el honorario del presidente del tribunal es cubierto en partes iguales. La propuesta del anteproyecto es insatisfactoria en este apartado. Hay varias respuestas que el Ministerio de Trabajo debería de dar, si de verdad le interesa contar con un arbitraje fiable, independientemente de quién asuma sus costos.

COMENTARIOS DE CIERRE

Otro tema que amerita atención es el de la relación del arbitraje como medio de solución de conflictos colectivos laborales con la norma que regula el arbitraje como institución general, es decir, con el Decreto Legislativo N° 1071. Existe consenso respecto a una relación de supletoriedad, asunto que no ha estado exento de dificultades. El anteproyecto no se pronuncia sobre la naturaleza de dicho vínculo, por lo que no habría una explícita complementariedad de la norma general con las disposiciones laborales. La relación entre ambas, quedaría sujeta a la auto declaración de supletoriedad del mencionado Decreto Legislativo.

En el anteproyecto no se indica nada sobre los supuestos y la tramitación de la recusación promovida por una de las partes contra de miembro del tribunal arbitral. Dicha recusación debería de proceder según lo regulado por el Decreto Legislativo N° 1071, que en uno de sus supuestos dispone que sea la Cámara de Comercio de la localidad donde la empresa tiene su sede, la llamada a resolver ese cuestionamiento. Cualquiera que haya padecido un proceso recusatorio ante una Cámara de Comercio sabe que los llamados a resolver en estos casos, tienen poco o nulo conocimiento de los conflictos laborales. La pregunta es si necesitamos seguir dependiendo del Decreto Legislativo N° 1071 para tramitar una recusación, o si el arbitraje para resolver conflictos colectivos de trabajo debería tener reglas propias para la recusación de árbitros.

La doctora Vilchez en su intervención ha señalado el tema de la impugnación de los laudos arbitrales. La Corte Suprema ha entendido que existe un vacío o insuficiencia reglamentaria al respecto, por lo que en el mes de febrero del año 2008, acordó una doctrina jurisprudencial estableciendo los supuestos en que procede la nulidad de los laudos arbitrales que dan solución a negociaciones

colectivas. Allí también se declaró la supletoriedad del Decreto Legislativo N° 1071. Mayoritariamente, en los arbitrajes que se judicializan la Corte Suprema se viene pronunciando en el sentido de convalidar lo resuelto por los árbitros, pero progresivamente va creciendo el número de sentencias que declaran nulo el laudo y disponen que se vuelva a laudar. En este supuesto, no existe una prórroga automática de la jurisdicción, como señala el anteproyecto. La sentencia de la Corte Suprema que dispone el vuélvase a laudar, genera un “efecto Lázaro”, ya que el tribunal resucita por mandato judicial y reasume su capacidad decisoria, pero sin que corresponda una ampliación ya que no existe una continuidad funcional. Hay un tribunal arbitral que agota sus funciones al laudar y, por lo tanto, los árbitros que lo conformaron son ex miembros del mismo al momento del proceso judicial. La gran mayoría de árbitros no salen a juicio cuando en el juicio de impugnación del laudo se les notifica con la demanda, pues en estricto no son parte del proceso y el tribunal del que formaron parte, ha concluido con sus funciones. Entendemos que los árbitros se pronuncian a través del laudo que suscriben y por eso se redactan laudos extensos, tratando de fundamentar la posición que se adopta. Los magistrados de las salas de la Corte Suprema llamados a pronunciarse sobre la validez de un laudo laboral, deberían de leer el laudo con atención, pero en sus sentencias muchas veces queda en evidencia que hacen una lectura superficial o incompleta del laudo, pues no señalan el marco legal aplicable o no indican si la parte que representa a los trabajadores, es un sindicato minoritario o mayoritario. Se da la paradoja de que la Corte Suprema llega a cuestionar lo laudado por falta de fundamentación, mediante una sentencia a la que se le puede -de igual forma- criticar la ausencia o insuficiencia argumentativa.

Para concluir, muchas veces los árbitros preocupados en garantizar el debido proceso en sede arbitral, aceptan que las partes presenten recursos de todo tipo. En la práctica se puede ver la extensión en el tiempo y la consecuente demora en la tramitación del proceso arbitral. Lo mismo ocurre con los pedidos de rectificación, interpretación, integración y exclusión derivados del Decreto Legislativo N° 1071 (sin corregir o aclarar propiamente el laudo laboral) los que cuentan con plazos mayores a los fijados en la LRCT. Corresponde al legislador determinar las reglas para saber cuándo es válido recurrir a la supletoriedad o cuándo la regulación laboral es suficiente. El anteproyecto no resuelve aspectos críticos como los señalados.

HUELGA
21/07/2022

EL DERECHO A HUELGA EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO

CÉSAR GONZÁLES HUNT¹

La norma como se postula tiene como punto de partida supuestamente a la necesidad de integrar en un solo instrumento jurídico, en un Código de Trabajo, la dispersa legislación laboral existente en el país e incorporar - según la exposición de motivos de la disposición normativa que aprueba este anteproyecto - los consensos generados dentro del Consejo Nacional de Trabajo. Como se puede apreciar respecto del derecho de huelga, esta pretensión anunciada e incuestionable que debería ser apoyada por todos resulta que no se cumple en puntos muy trascendentes, ya que no deriva de un consenso logrado entre las distintas comisiones que se integraron y desarrollaron a lo largo de distintas etapas en el Consejo Nacional de Trabajo para el desarrollo de esta materia.

Para comenzar, una primera aproximación al concepto de la huelga en clave comparativa con la legislación actual presenta diferencias marcadas y significativas. La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo concibe la huelga de forma bastante restrictiva y fija como requisito el abandono físico del trabajador al centro de labores. Por el contrario, el anteproyecto incluye un concepto absolutamente amplio, no precisa modo o forma del desarrollo de la huelga, y es importante señalar que la propuesta resalta el ejercicio de la defensa y promoción de los derechos e intereses de los trabajadores convocados.

1 Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Estudios Avanzados de la Seguridad Social por la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España). Profesor de la Maestría de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del área labor del Estudio Philippi, Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

Vale recordar que en las distintas etapas de desarrollo de proyectos anteriores que apuntaban hacia una Ley General de Trabajo existía un claro consenso entre las partes (trabajadores y empleadores) sobre que la huelga debía producirse en defensa de los intereses profesionales de las personas comprendidas en ella. El acuerdo logrado era uno en el cual había abandono del centro de trabajo. Pues bien, la iniciativa de este gobierno muestra muy claramente una idea y una aproximación sumamente amplia de la huelga, que podría dar lugar a distintas modalidades y apunta a la posibilidad de una extensión de esta que trasciende a lo que hemos entendido por este derecho hasta la fecha.

Esto podría permitir un mecanismo tan extendido de huelga como, por ejemplo, ya no sólo una huelga en reivindicación de los intereses y en defensa de los derechos del trabajador como tal, sino también una extensión y desarrollo de la huelga a situaciones tan ajenas a los usos y costumbres en la aplicación normativa en Perú como las huelgas de carácter político. Además, respecto del ámbito, la legislación actual lo delimita en función de la empresa en que se desarrolla la rama de actividad o gremio y contrariamente el anteproyecto señala que ésta se puede realizar en cualquier espacio respecto de los distintos sindicatos que puedan existir.

186

Por lo tanto, esta huelga centrada en la persona del trabajador - en relación principalmente con su compañía empleadora - podrá extenderse a situaciones tan diversas como la existencia de los distintos tipos de sindicatos admitidos por esta propuesta normativa. Léase que se podrá desarrollar una huelga a distintas cadenas productivas con independencia de los empleadores o las manifestaciones llevadas a cabo a través de las distintas redes de contratación o subcontratación que puedan existir en alguna vinculación de carácter empresarial.

Existe entonces una extensión del ámbito de la huelga a situaciones impensadas, en función a la legislación ya vigente, con el impacto de que no sólo puedan aplicarse mecanismos de fuerza frente al empleador propiamente, sino que también trasciendan la esfera y el desarrollo del negocio para extenderse a situaciones múltiples. En caso de aprobarse el anteproyecto, este punto seguramente deberá ser revisado en función de las consecuencias que genere.

Sobre los requisitos de la huelga, la actual legislación radica centralmente en la posibilidad de su desarrollo vinculado con el proceso de la negociación colectiva al interior de la empresa, es decir, que el sistema que conocemos es uno

en el cual la huelga se desarrolla como mecanismo de confrontación y solución en el marco de la negociación colectiva. El consenso existente en el desarrollo de las etapas anteriores, donde empleadores y trabajadores se reunían a través de instrumentaciones en el Consejo Nacional de Trabajo mostraba una clara predisposición de las partes hacia la huelga como mecanismo de solución para la negociación colectiva.

En un enfoque absolutamente distinto, en una aproximación diferente y siendo congruente con la definición amplia previamente señalada del derecho de huelga, apreciamos que el anteproyecto postula que si estamos hablando de un proceso de negociación colectiva los cauces son similares a los hoy conocidos. Sin embargo, como se aprecia de la redacción de la disposición normativa pertinente, esta posibilidad del desarrollo de la huelga excede el ámbito de la negociación colectiva y habilita la posibilidad para que la misma se dé fuera de ese marco, sin limitación alguna y con las consecuencias que esto podría traer no solamente para quienes están vinculados en una relación contractual empresarial sino también para la sociedad en general.

Sobre los efectos de la huelga se entiende que hay una suspensión del pago de las remuneraciones como consecuencia de la imposición de una medida de fuerza, como efecto normal y natural de la misma. Y la novedad del anteproyecto es que en caso de que los trabajadores tomaran la decisión de ir a la huelga ante el incumplimiento del empleador de obligaciones de carácter sociolaboral, la empresa - si se determinara vía proceso judicial que los trabajadores tuvieron que recurrir a la huelga en defensa de sus intereses - estaría en obligación de reembolsar las remuneraciones y derechos no percibidos por ellos a partir de la implementación de la medida de fuerza.

Cabe señalar que el consenso que adoptaron en el año 2011, tanto empleadores como trabajadores, respecto de la materia efectivamente comulga con este planteamiento que excede al marco actualmente vigente, en el cual los días de huelga se consideran como días laborados para efectos del cálculo y el pago de la compensación por tiempo de servicios y las vacaciones. Conceptos actualmente excluidos para el pago de gratificaciones y utilidades en la empresa.

Finalmente, en lo que respecta a la declaratoria de ilegalidad de la huelga, la legislación vigente siguiendo una larga tradición nacional establece un mecanismo muy acotado para el planteamiento de la declaración de ilegalidad de la

huelga (ya sea de oficio o a pedido de parte) con plazos muy cortos para el pronunciamiento de la autoridad administrativa de trabajo en la materia. En 2011, las partes de la relación laboral (representantes de empleadores y trabajadores) consensuaron que eventualmente el Consejo Nacional de Trabajo sería el marco propicio para pronunciarse sobre la ilegalidad de la huelga, con pautas y plazos para efectos de la solicitud de declaratoria como para el pronunciamiento sobre la ilegalidad de la misma.

El planteamiento del anteproyecto rompe con esquemas anteriores, no sólo por ya no ser competente la autoridad administrativa de trabajo para pronunciarse sobre la ilegalidad o no de esta medida de fuerza sino por radicar que en adelante la autoridad judicial sería la indicada para resolver en este tema, bajo una fórmula que le delega a la misma el pronunciamiento, pero sin establecer un procedimiento dado ni plazo alguno. Léase por su formulación que esta respuesta se sustanciaría, ante la ausencia de una disposición normativa regulatoria sobre el particular, por ejemplo, bajo un proceso ordinario laboral. Cualquier litigante regular ante el Poder Judicial conoce la problemática de sus tiempos para atender en proceso ordinario cualquier reclamación o planteamiento que formulen las partes concernidas en un conflicto.

188

Esto lleva seguramente a la derivación de un posible pronunciamiento de la autoridad judicial a las calendas griegas, que en los casos que se presenten - si se aprobara el anteproyecto en la forma planteada - se dará siempre luego de varios años de producida la medida fuerza, sin que la declaratoria de la ilegalidad de la huelga surta efecto en lo vinculado con la oportunidad del levantamiento de esta ni tampoco en las consecuencias para el trabajador. La norma resulta inconveniente, absolutamente contraria a la costumbre y al sistema como lo hemos conocido desde hace décadas, además de insuficiente en términos de regulación del procedimiento al no señalar límites de tiempo para su tramitación con garantía de doble instancia para este tipo de cuestionamientos.

En cuanto a la posibilidad de recurrir a otros medios de solución de conflictos, una vez implantada la huelga, la legislación actual determina con buen criterio que la autoridad administrativa deberá promover una solución vía formas pacíficas para el término de la medida de fuerza. Esto se dará en caso de que exista una prolongación de esta que exceda los efectos regulares del mecanismo de presión al empleador para resolver los conflictos colectivos que puedan existir

entre las partes. La normativa del anteproyecto apunta a que la huelga se levantaría cuando la organización sindical decidiera recurrir al arbitraje como un mecanismo de composición del conflicto, una vez que perciba que los efectos de la huelga no son aquellos que postulara.

El enfoque aquí debiera basarse en la posibilidad de recurrir a otros medios de solución del conflicto que permitan a las propias partes componer la problemática de forma directa. Cabe recordar que todos los proyectos anteriores al presente han tomado como idea central la posibilidad de que empleadores y trabajadores resuelvan entre ellos la problemática.

A modo de conclusión, podríamos decir que el anteproyecto plantea la creación del ámbito de la huelga; faculta la intervención de la autoridad judicial para la declaratoria de ilegalidad (con las dificultades extremas ya mencionadas); propone también el reembolso de las remuneraciones y otros derechos económicos que han sido dejados de percibir cuando así sea determinado judicialmente; y limita las posibilidad de recurrir a otros mecanismos de composición del conflicto si es que el sindicato fuera renuente al levantamiento de la huelga.

COMENTARIOS DE CIERRE

Corresponde hacer una breve referencia a los servicios esenciales y mínimos para poder apreciar que la regulación normativa que plantea el anteproyecto contiene una presentación que puede llevar a la confusión de cara a la implementación de sus disposiciones. Cabe destacar aquí cierto tipo de referencias u oraciones en las normas que pueden, de alguna manera, dar una impresión determinada, pero que al evaluar detenidamente las mismas pueden apreciarse los efectos perniciosos que podrían llegar a tener.

Entre ellas, destaca la regulación de los servicios esenciales en el artículo 434 al hablarse de la necesidad de que efectivamente estos puedan ser atendidos, sin afectar gravemente su prestación a la comunidad. Allí se agrega una precisión respecto al tipo de servicios que se tienen que garantizar en materia de personal de ser el caso, es decir, el anteproyecto en su regulación normativa dispone que la garantía de provisión de personal durante la huelga en los servicios esenciales se daría de ser el caso. Sobre el particular, cabe preguntarse: ¿Cuál sería el caso

en que esta garantía de personal pueda encontrarse ante un supuesto que no presente tal necesidad?

De la misma manera y con idéntico propósito, la propuesta resulta engañosa cuando la regulación sobre la oportunidad de la materialización de la huelga le permite a la medida de fuerza exceder el marco de la negociación colectiva que declara, de forma similar a lo establecido por la legislación vigente. Vale la pena puntualizar entonces que en estos apartados que trae el anteproyecto hay muchas novedades, no se trata de integrar las disposiciones desperdigadas a través de cientos de normas legales existentes en el país (propósito absolutamente loable que traen los considerandos de esta iniciativa) sino que más bien introduce una serie de referencias que pueden afectar en el caso específico de la huelga muy gravemente a las empresas y tener un efecto absolutamente pernicioso si la aplicación de la norma no es la correcta.

Por eso, el mejor camino a efectos de lograr una norma que cumpla el propósito enunciado por la misma es pasar necesariamente por el consenso que trae el diálogo social. La mejor alternativa para cristalizar la huelga, los derechos colectivos y los derechos en general que plantea el anteproyecto del Código de Trabajo surge del diálogo, la discusión y el consenso al que se arribó en años anteriores en el seno del Consejo Nacional de Trabajo como base para asentar esta disposición normativa.

COMENTARIOS PRELIMINARES SOBRE EL DERECHO DE HUELGA EN EL PROYECTO PERUANO DE CÓDIGO DE TRABAJO

ANA CECILIA CRISANTO CASTAÑEDA¹

I. INTRODUCCIÓN

La regulación del derecho de huelga en el proyecto de código de trabajo (en adelante, Proyecto CT) propuesto por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en marzo de 2022 se recoge entre los artículos 425 y 440. Los cambios que se proponen dan un giro significativo a esta institución laboral, de tal forma que podemos afirmar que hay un nuevo modelo.

El presente trabajo se realiza en el marco del ciclo de charlas sobre el Proyecto de CT promovida por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la sesión sobre el derecho de huelga se realizó el 21 de julio de 2022. Dada la extensión para la elaboración de este documento nos detendremos en una materia de especial relevancia (apartado II) y haremos algunas precisiones y comentarios adicionales sobre los demás aspectos (apartado III). De todas formas, sobre el derecho de huelga propuesto en el Proyecto CT nos remitimos a los comentarios y críticas expuestos en su día que pueden encontrarse en la cuenta de Facebook² de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1 Docente ordinaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Doctora en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España), Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

2 Link de la sesión del 21.07.2022: <https://fb.watch/fMDLXu0ajc/>.

II. REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS Y SERVICIOS ESENCIALES EN EL PROYECTO DE CT

En este apartado nos detendremos en uno de los asuntos que consideramos debe revisarse por no adecuarse a los estándares internacionales del Comité de Libertad Sindical sobre servicios mínimos y sobre todo porque el vacío detectado en la propuesta de Proyecto de CT revela la falta de concordancia con el deber del Estado de regular los límites del derecho de huelga en sintonía con el interés general (art. 28 Constitución).

En el Proyecto de CT se incluye la definición de servicios esenciales, de manera acertada y siguiendo la definición planteada por los órganos de control de la OIT:

*“Art. 433. Son **servicios esenciales** para la comunidad aquellos cuya interrupción supondría una **amenaza evidente e inminente a la vida, la seguridad o la salud** de toda o parte de la población..”.* (énfasis añadido).

Es un acierto incluir esta definición ya que sirve como guía para no considerar “todo servicio” brindado por las empresas u organizaciones como un “servicio esencial”. Recordemos que en estos casos es legítimo imponer límites al derecho de huelga ejercido por los trabajadores, siendo uno de los pocos supuestos en los que se justifica la prohibición total de la huelga³. De ahí que sea importante tener especial claridad al respecto para evitar límites indebidos a este derecho fundamental.

Por otro lado, el Proyecto de CT de ofrecer la definición de servicios esenciales, señala:

“... en particular:

1. *Los que se desarrollan en centros asistenciales relacionados directamente con la **salud** de los ciudadanos.*
2. *Los de **electricidad, agua y desagüe.***
3. *Los de **limpieza y saneamiento.***

3 De todas formas, si bien se pueden prohibir las huelgas en los servicios esenciales, es una “solución sustitutiva apropiada” la imposición de servicios mínimos en vez de la prohibición absoluta. Ver. OIT, Recopilación de Decisiones del Comité de Libertad Sindical, 6ta. Edición, OIT, 2018, p. 172.

4. *Los de necropsias e inhumaciones.*
5. *Los de comunicaciones y telecomunicaciones.*
6. *Los de control de tráfico aéreo*⁴.
7. *Los de establecimientos penales*⁵. (énfasis añadido).

Se entiende que la propuesta quiere sincerar la lista actual de servicios esenciales prevista en el art. 83 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo⁵ (en adelante, LRCT). La legislación vigente, incluye en la lista de “servicios públicos esenciales” a algunas actividades que no responden necesariamente a esa categoría, sino más bien a servicios de “importancia trascendental” en los términos del Comité de Libertad Sindical⁶. En este tipo de servicios, por la afectación especial en la dinámica social y a terceros (clientes) que suele generar una paralización laboral, se permite la imposición de servicios mínimos en caso de huelga, pero no la prohibición de esta, en la medida que no genera amenaza evidente e inminente a la vida, seguridad y salud a toda o parte de la población (como ocurre en un servicio esencial). Cabe mencionar que la confusión en la lista del art. 83 LRCT no tiene efectos prácticos relevantes ya que en nuestro país el límite al derecho de huelga en caso de “servicios esenciales” como de “servicios de importancia trascendental” no es la prohibición sino sólo la imposición de servicios mínimos⁷. De ahí que el Proyecto de CT mejora la actual técnica legislativa dejando solo a los servicios esenciales en sentido estricto en la lista.

4 El control de tráfico aéreo se ha incluido la lista de servicios esenciales respecto a la que se tiene actualmente en la LRCT.

5 Decreto Supremo N° 010-2003-TR.

6 Algunos ejemplos de servicios de importancia trascendente pueden ser los que brindan: los bancos, de correos, transporte, entre otros. Ver. OIT, Recopilación de Decisiones del Comité de Libertad Sindical, 6ta. Edición, OIT, 2018, p. 172.

7 Los servicios de importancia trascendental están en el grupo de supuestos a los que se podría imponer servicios mínimos. Así el Comité de Libertad Sindical señala (párrafo 866): “El establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga sólo debería poder ser posible en: 1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y 3) en servicios públicos de importancia trascendentales”.. Ver. OIT, Recopilación de Decisiones del Comité de Libertad Sindical, 6ta. Edición, OIT, 2018, p. 167.

A partir de aquí planteamos una crítica. Lo que más sorprende en el Proyecto de CT es que no existe regulación alguna de ciertos servicios de “importancia trascendental” que sí aparecen en la legislación actual. Nos referimos a los siguientes servicios⁸:

- Gas;
- Combustible;
- Transporte⁹; y
- Sepelio.

Si bien es cierto no corresponde incluir a estos servicios en la lista de servicios esenciales, es necesario mencionarlos en otro lugar de la propuesta normativa y especificar que en tales casos se impondrá servicios mínimos durante la huelga. Cabe destacar que, si ello no se incluye en una norma con rango de ley, no podría realizarse a través de reglamento o de acto administrativo, debido a que se trata de establecer un límite a un derecho fundamental, el de huelga.

Resumiendo, según las reglas del Proyecto de CT, si hubiera una huelga en tales sectores (gas, combustible, transporte, sepelio¹⁰) todos los trabajadores huelguistas ejecutarán la medida, sin tener obligación de garantizar la continuidad de algunas funciones/puestos a través de servicios mínimos, con la consecuente afectación desproporcionada a la empresa y a terceros ajenos al pleito colectivo.

Este vacío en el Proyecto de CT no se resuelve con la disposición que señala que los servicios no esenciales pueden convertirse en esenciales por su “duración o extensión”. En primer lugar, las razones de interés público que justifican la imposición de servicios mínimos en caso de huelga en los “servicios

8 En el art. 83 de la LRCT, también se encuentran “los de naturaleza estratégica o vinculado con la defensa o seguridad nacional, administración de justicia por declaración de la Corte Suprema”.

9 Según el Comité de Libertad Sindical (párrafo 893): “El transporte de pasajeros y mercancías no es un servicio esencial en el sentido estricto del término; no obstante, se trata de un servicio público de importancia trascendental en el país y, en caso de huelga, puede justificarse la imposición de un servicio mínimo”. (énfasis añadido). Ver. OIT, Recopilación de Decisiones del Comité de Libertad Sindical, 6ta. Edición, OIT, 2018, p. 172.

10 Se mencionan estas actividades porque son las que se han eliminado respecto a la regulación (art. 72 LRCT); no obstante, existen otros servicios que caben en la categoría de servicios de importancia trascendental (ver pie de página 5 de este documento).

de importancia trascendental” son suficientes para disponer la continuidad de algunas funciones/puestos de trabajo desde el inicio, sin esperar a que alcance una afectación mayor en la población. En segundo lugar, porque no en todos casos el impacto de la huelga en los “servicios de importancia trascendental” llegará a tal punto que pueda afirmarse que se ha convertido en esencial, es decir, que ponga en peligro la vida, la seguridad y la salud de toda o parte de la población de manera evidente e inminente.

III. PRINCIPALES NOVEDADES Y COMENTARIOS FINALES

No queremos dejar de, enunciar al menos, algunas novedades que recoge el Proyecto de CT, tales como:

- Se acoge una definición amplia de huelga, que no exige el abandono del centro de trabajo para su validez (art. 425). Por ello la propuesta no recoge “modalidades irregulares de huelga”.
- Se elimina el control previo y administrativo de la procedencia de la huelga, como ocurre en la legislación actual.
- Se incluye el control de legalidad de la huelga, posterior y judicial (art. 432).
- Siguiendo el modelo mexicano, se incorpora un nuevo supuesto de huelga, la huelga derivada del incumplimiento de obligaciones legales o convencionales del empleador (art. 430). Ello marca una clara diferencia con la regulación actual (art. 63 Reglamento LRCT).
- Se incluye la definición de servicio esencial y se sincera la lista actual (art. 433).
- Se aclara que los servicios no esenciales pueden convertirse en esenciales por su “duración o extensión” (art. 433).
- Ocurrido el caso anterior, el empleador puede solicitar la evaluación del impacto de su actividad como “esencial” ante la Autoridad Administrativa de Trabajo (art. 433).
- Se añade como servicio esencial al “control tráfico aéreo” (art. 433.6)
- Se incluye al convenio colectivo como fuente para la determinación previa de los servicios mínimos en caso de huelga (art. 435 y 437). En

su defecto, tal determinación la realiza el empleador en diciembre de cada año (no los primeros meses del año como ocurre actualmente).

- Los días de inasistencia derivadas de una huelga declarada ilegal no pueden sancionarse con despido (art. 432).
- Se prohíbe expresamente el esquirolaje (reemplazo de huelguistas) de manera directa o indirecta (art. 429). En la actualidad solo se prohíbe expresamente en la ley de tercerización.
- Se incorpora una nueva falta grave laboral: abstenerse de trabajar sin justificación, en caso de servicios mínimos (art. 438).
- Se permite al empleador el reemplazo de huelguistas que no cumplan con atender los servicios mínimos (art. 429), siempre que la huelga haya sido declarada ilegal de acuerdo con el procedimiento descrito en el art. 432 Proyecto de CT.

Finalmente, ofrecemos breves comentarios adicionales que suscitan las propuestas recogidas en el Proyecto de CT:

- Sin duda, estamos ante un nuevo modelo de huelga en el cual se amplían considerablemente las posibilidades de realizarla. Tanto por su definición, como por el tipo de conflicto que la origina (conflicto de intereses - derivado de una negociación colectiva infructuosa - al que se añade el conflicto jurídico - ante el incumplimiento del empleador de sus obligaciones laborales).

Valga un breve comentario sobre la definición de huelga, considerada esta como “la abstención colectiva en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo”. Esta definición no parece la mejor ya que podría interpretarse equivocadamente que la huelga da carta libre para la realización colectiva de faltas graves mientras dure la medida de fuerza, en la medida que estas se materializan en incumplimientos de las obligaciones laborales. En esa línea parece una mejor alternativa la definición de huelga propuesta por la doctrina, la que consistiría en “cualquier perturbación de la producción concertada colectivamente”¹¹.

11 SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I. Derecho Sindical, 9na. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 384.

- El Proyecto de CT, con la intención de asegurar la imparcialidad al decidir sobre la legalidad (o no) de la huelga, plantea la intervención del poder judicial. En este punto, coincidimos en que es importante la participación de un órgano independiente; sin embargo, en nuestro contexto, en el que la carga procesal ya es alta, dudamos de que ese órgano deba ser el poder judicial.
- Conviene reiterar que es necesaria la regulación de servicios mínimos para garantizar la continuidad de puestos/funciones para no afectar a terceros ajenos al conflicto colectivo cuando ocurra una huelga en “servicios de importancia trascendental”. Cuestión no prevista en el Proyecto de CT, pero sí exigida por el art. 28 Constitución, que obliga al Estado a establecer límites al derecho de huelga atendiendo al interés general.
- Otro aspecto relacionado a los servicios mínimos tiene que ver con las herramientas del empleador para actuar si estos se incumplen. En este punto, consideramos que las reglas previstas en el Proyecto de CT no permiten una actuación eficaz del empleador ante el incumplimiento de los trabajadores de garantizar los servicios mínimos. Si bien, se admite en este único supuesto que el empleador reemplace a los trabajadores involucrados (art. 429), solo puede hacerlo una vez que se haya declarado ilegal la huelga a través de un pronunciamiento judicial firme (art. 432). En la práctica esto significa que tal facultad del empleador se activará cuando la huelga haya culminado. En otras palabras, no está garantizada la continuidad de puestos/funciones en ciertas actividades que lo requieran. Se insiste, estos aspectos son relevantes debido a la afectación de terceros (clientes, usuarios) que no tienen ni arte ni parte en el conflicto sindical. Se sugiere revisar este aspecto ya que la regulación del incumplimiento de los servicios mínimos en caso de huelga no responde al interés general.

LIBERTAD SINDICAL

02/08/2022

DERECHO A LA SINDICALIZACIÓN, LIBERTAD SINDICAL Y OTROS TEMAS¹

MARIO PASCO LIZÁRRAGA²

Primero hay que señalar la preocupación derivada de las acciones del gobierno, en especial del Ministerio de Trabajo, en materia laboral durante los últimos meses. A mediados de julio de 2022, la administración dictó el Decreto Supremo 014-2022-TR y revirtió por completo la situación preexistente en lo que refiere al derecho de sindicalización, la libertad sindical y otros temas laborales.

Lo hecho con este Decreto Supremo es realmente grave, no tanto por haber normas catastróficas, sino porque hay algunas de ellas altamente cuestionables. El decreto principalmente agravia y daña lo que era ya una esperanza muy tenue de que hubiera un esfuerzo de concertación social alrededor del Código de Trabajo propuesto.

Con anterioridad a este decreto, el Consejo Nacional de Trabajo debía abrir un espacio de negociación entre los representantes de los sindicatos, las organizaciones gremiales de los trabajadores y los gremios empresariales para consensuar una norma general laboral, código o ley general, con intervención

1 El presente artículo es una síntesis de la ponencia realizada por el autor durante el ciclo de conferencias “El Anteproyecto del Código de Trabajo bajo análisis”, celebrado entre los meses de junio y agosto de 2022. El expositor no ha revisado ni realizado correcciones sobre la versión escrita de su presentación en formato oral.

2 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Participó en el Seminario Internacional de Derecho del Trabajo, Relaciones Industriales y Seguridad Social Comparados de la Universidad Attila József (Hungría) y en la Summer School on Industrial Relations and Labour Law (Italia). Ha sido secretario de confianza de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, preside el comité laboral de la Cámara de Comercio de Lima y también fue profesor en la Universidad del Pacífico. Es Socio del área laboral del Estudio Rodrigo, Elías y Medrano.

de las partes. Esa posibilidad era difícil de concretar al ser complejo consensuar todos los puntos en discusión, sobre todo si se tiene en cuenta que hubo esfuerzos previos con avances significativos que nunca llegaron a plasmarse.

Esta oportunidad destacaba por el impulso de un gobierno cercano a los trabajadores, pero ha terminado simplemente destruida por la inclusión de la norma en un reglamento que antecede a la ley que se pretendía discutir. Léase que el objetivo era cambiar lo que ya existe en base a una nueva ley de igual rango, pero centralizada y sistematizada, pero finalmente se prefirió introducir rápidamente un reglamento con todos esos cambios.

La decisión del gobierno destruye la legalidad, tiene graves problemas de constitucionalidad, y por encima de todo eso anula la posibilidad de diálogo. Asimismo, desconoce, revierte y borra gran parte de los puntos que habían conciliado los representantes de los trabajadores y los empresarios en los últimos años. Acuerdo logrado para que fuera un cambio duradero porque la mejor garantía de que un sistema laboral será útil a sus usuarios es que funcione, para lo cual tiene que ser socialmente legítimo y aceptado por quienes lo van a aplicar.

202

En este sentido, la mejor fórmula - está visto a nivel mundial - es que los interesados, futuros usuarios de esas normas, intervengan para ponerse de acuerdo en cuáles deben ser las mismas, aunque sea en materia de los contenidos mínimos de la propuesta. En este caso, lo que se había avanzado en materia de disposiciones (ya diseñadas y listas para ser implementadas, con acuerdo de trabajadores y empresarios) viene a ser reemplazado por un Decreto Supremo.

Si esta práctica de ir contra, evitar o renegar de los consensos ya sería negativa en el campo de los derechos individuales, es absolutamente perniciosa en el terreno colectivo. Si lo que quiere el sistema es promover relaciones saludables, de diálogo y de buena intención entre las partes, pues entonces tiene que abrir, utilizar y ejercer el diálogo en lugar de cerrarlo o sabotearlo.

Existirá naturalmente el argumento sobre el origen de la normativa actual, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que está siendo modificada por este reglamento y que sería sustituida por el anteproyecto. Esta legislación no fue consensuada ni emitida por un gobierno democrático y es acusada de reducir beneficios para las organizaciones sindicales. Los mismos adjetivos, las mismas

constataciones y los mismos vicios ya se encontraban en las normas previas a esta regulación, es decir, las piezas incorporadas por un gobierno militar.

30 años después plantear una modificación profunda en la materia a través de un reglamento, aludiendo que es mejor regresar a la opción del gobierno militar y dejar de aplicar la reforma del gobierno de Alberto Fujimori, no tiene sentido y lo mejor sería que esto no perdure en el tiempo. El reglamento es fiel reflejo del gobierno emisor y del Ministerio de Trabajo que lo ha procesado, que termina siendo el más divisivo y desprolijo de las últimas décadas (ciertamente en lo que corresponde a los gobiernos democráticos que han precedido a la actual administración).

Ojalá que estas disposiciones puedan ser rectificadas, que en algún momento - tarde o temprano - las autoridades entiendan que la imposición sólo lleva a que el producto sea temporal y precario, sujeto a los vaivenes que conocemos con tanta familiaridad.

PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN A LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Muchos de los cambios que introduce el anteproyecto del Código de Trabajo ya fueron incorporados al reglamento en cuestión, sin acuerdo previo y transformándose en normas reglamentarias. Para entrar a este fondo, hay algunas ideas y reflexiones que vale la pena compartir sobre cuál debería ser el tratamiento de la libertad sindical o el derecho de sindicalización: siempre hay que mencionar la diferencia presente en la Constitución del Perú en cuanto al tratamiento de las tres instituciones del derecho colectivo de trabajo.

En Perú, esas tres instituciones presentes en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo son la sindical, la negociación colectiva y la huelga. Cada uno tiene un tratamiento nítidamente diferenciado en la Constitución, donde el mandato al Estado es garantizar la libertad sindical garantizarla, promover la negociación colectiva (junto con los medios pacíficos de solución de los conflictos laborales) y regular el ejercicio de la huelga para que esté acorde con la paz social, los derechos de terceros y cuyo ejercicio sea razonable, voluntario y democrático.

De estos tres institutos, la sindicalización no conlleva un mandato para su promoción ni su regulación sino que busca garantizarse su libertad. Según el diccionario de la Real Academia Española, esto es asegurar o proteger algo frente a algún riesgo/necesidad o bien la seguridad/certeza que se pueda tener sobre ese algo. El Estado entonces debe - en cuanto a la libertad sindical - asegurar que los ciudadanos tengan la decisión de formar o integrar un sindicato de manera verdaderamente libre, sin serles impuesta por el empleador, el Estado, otros trabajadores o las organizaciones.

El individuo es el dueño de la decisión de formar el sindicato, mientras que el colectivo es el titular de cómo se organiza esa agrupación una vez que existe. Esa es la libertad sindical y eso es lo que debe ser garantizado. En consecuencia, se puede observar una dificultad conceptual en cualquier norma que quiera referirse a la libertad sindical y ver cómo garantizarla. Hay dos potenciales caminos a seguir:

1. Dejar todo a la decisión de los titulares de derechos que son los trabajadores y los sindicatos, por lo que las normas debieran ser pocas, solamente de garantía y para proteger las decisiones de los individuos y los colectivos (sobre las personas que integren estos últimos). Quedando todo a su libre determinación.
2. En contraposición, aparece la vocación de la norma por lograr orden y eficacia para esa misma reglamentación, es decir, que la libertad de los trabajadores y sus organizaciones sea ejercida de forma ordenada, predecible y que los sindicatos funcionen bien por ende. A su vez, esta alternativa puede ser motivadas por dos causas:
 - a. La primera es ordenar las relaciones entre las partes para protegerlas, con la intención de que la interacción entre los gremios, sus miembros y sus contrapartes empleadoras esté encausada para funcionar razonablemente bien. Esto será cuestionable ya que se debe garantizar que la decisión del individuo trabajador sea lo que manda y podrá acusarse entonces a la norma de decidir por los empleados en favor de que el mecanismo funcione, lo cual significa que lo haga para los empleadores.
 - b. La segunda es lograr mayor eficacia en el ejercicio del derecho a la libertad sindical, cuando tantas veces se ha discutido la exigen-

cia de un mínimo de 20 afiliados para que un sindicato en Perú pueda operar.

- i. Hay quienes dicen que esto es ponerle una cortapisa al ejercicio del derecho y quitarle el derecho a los trabajadores lo cual está mal.
- ii. Enfrentada a la opinión de quienes cuestionan si es recomendable que se armen sindicatos con menos afiliados y que haya una multiplicidad de gremios diferentes, en lugar de uno o dos. ¿Sería eso favorable a los trabajadores y a su libertad de formar organizaciones que realmente les sirvan?

La ortodoxia nos debería llevar a preferir el beneficio de la duda, la inclinación a que las decisiones sean de los trabajadores, es decir, de los dueños del derecho y la organización. Por lo tanto, la intervención de la ley debería ser mínima y la sindicalización quedar en manos de los empleados. Léase que la forma en que se organicen es de su propiedad, característica aplicable a la libertad sindical.

En la negociación colectiva, en cambio, ya esto no funcionaría porque tiene dos partes que siempre deben estar presentes con la misma voz. No se debe promover aquí que el sindicato tenga un aumento suficiente o acorde con lo que pretende. Ese no es el derecho sino la igualdad de acceso a negociación y, por lo tanto, en ese apartado el enfoque ya no es los trabajadores son los dueños y beneficiarios. El encuadre debiera ser que hay dos partes igualmente válidas, con derechos equivalentes, que deben autorregularse entre ellas en lo que a sus relaciones refiere y la norma debe actuar para que la conversación funcione y sea posible.

No corresponde en este último caso que el Estado intervenga para que la negociación tenga un determinado derrotero o inclinación, para que la negociación le sea más fructífera a los trabajadores. No parece adecuado que ese sea el tratamiento para la norma y ciertamente tampoco es esto aplicable al caso de la huelga. No obstante, sí corresponde al hablar de libertad sindical porque se trata de proteger esa libertad valga la redundancia para darle el privilegio a la regulación que mayor libertad genere para las decisiones de los trabajadores.

En el anteproyecto del Código de Trabajo hay una buena porción de artículos que respetan los consensos a los cuales arribaron trabajadores y empleadores en los esfuerzos anteriores de codificación. Por ejemplo, el derecho a constituir las organizaciones que consideren convenientes; y a afiliarse a ellas libremente y desarrollar actividad sindical para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales, con observación de la Constitución y las leyes.

Eso fue consensuado y ahora se le agrega una norma especial, según la cual - además de decir que la afiliación y desafiliación son voluntarias (recogiendo de manera impecable los principios anteriormente abordados) - el Estado reconoce el derecho de los trabajadores a afiliarse directamente a federaciones y confederaciones cuando los estatutos de las mismas así lo permitan. Esto es válido desde la perspectiva de darles a los trabajadores todas las decisiones: si la federación acepta que se le afilien empleados de forma directa no hay porque impedirlo al ser una decisión de la propia organización que, a su vez, representa decisiones de los asalariados. También será aquí opcional para los sindicatos adherirse a una federación que admita o no trabajadores como socios directos.

206

Entre los efectos de esta norma aparece el desorden, contraria a la vocación de orden de la propuesta, ya que a partir de la posibilidad de mayor libertad para los trabajadores se dificulta la definición de mayorías, representaciones y niveles para los orígenes de la negociación colectiva, más allá de que no debería haber una afectación al constituir la organización gremial y la organización colectiva como dos aspectos diferenciados.

Ciertamente se dará un cambio entre el balance de poderes de las dirigencias sindicales y sus pares en las federaciones. Pasará que un sindicato se desafilie de una federación, cosa que lamentablemente es relativamente frecuente y que esta última conserve a los trabajadores. Esto constituye entonces un elemento adicional para la movilidad de las afiliaciones, sin vislumbrarse muchos beneficios al permitir esta recomposición del orden establecido previamente conforme al cual la afiliación al sindicato era siempre de trabajadores y a la federación era de sindicatos. Independientemente de que pudiera haber sindicatos al mismo nivel o para el mismo ámbito de una federación como entidad orgánicamente diferente.

Mezclar estas dos cosas no parece tener una finalidad clara y el beneficio o punto favorable es precisamente ampliar el campo de las decisiones de los trabajadores, aunque para la federación esto supone entrar en terrenos de com-

petencia con otros sindicatos. Allí estos últimos también definirán si se afilian o no a una federación que, a su vez, va a poder quitarles a sus propios miembros. Es un tema de equilibrio o cambio en el balance de poderes entre las dirigencias y las organizaciones de los trabajadores.

No convence este formato porque rompe, de alguna manera, con el orden establecido. Los trabajadores siempre pudieron formar una organización fuera de su empresa, una federación que los afiliara directamente bajo el nombre del sindicato. Esa era la única diferencia entre ambas figuras, aunque ahora aparentemente habrá organizaciones que van a afiliar tanto sindicatos como trabajadores, tanto a nivel de federaciones como de confederaciones lo que puede generar una serie de desbalances. Sin una posición absoluta al respecto, no habría una objeción de fondo de no ser porque no se respeta el consenso de partes previamente logrado.

El proyecto respeta el consenso de partes en lo referido a la autonomía sindical, es decir, la facultad o el derecho que tienen las organizaciones sindicales de conformarse y actuar libremente. Incluye una norma específica que dice que el Estado, los empleadores y sus organizaciones deberán abstenerse de cualquier intervención o injerencia en la constitución y actuación de organizaciones sindicales.

Lo mismo sucede con el artículo 360 que exige una serie de garantías de democracia en la actuación de los sindicatos, lo cual es uno de los puntos complejos de la libertad sindical: si resulta ser lo amplia que debería ser, qué pasa en el momento en que las decisiones de esos trabajadores llegan a no ser del todo democráticas o pueden entrar en terrenos de discriminación. ¿Sería válido no aceptar a determinados trabajadores que tengan una cierta tendencia política o que hayan pertenecido a algún otro tipo de organización? ¿Qué pasa cuando el estatuto además lo recoge así? Es un terreno difícil pero la norma naturalmente se queda en el concepto amplio de que debe haber una aplicación de principios democráticos en la actuación de los sindicatos.

En el capítulo sobre las fórmulas de organización sindical (artículo 361 del proyecto) se incluye uno de los consensos previos: “los sindicatos son organizaciones que agrupan directamente trabajadores que tengan intereses sociales y económicos comunes”. Ahora, las federaciones también incluirían directamente

a esos mismos empleados. Estas discordancias conceptuales derivan de haberse hecho cambios sobre un texto ya armonizado.

En el artículo 362 del anteproyecto, hay un listado más largo que el actual de los tipos de sindicatos. Recordemos que en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo hay cuatro tipos de sindicato: de empresa, de rama, de gremio y de oficios varios. Esto ha llevado a que haya una serie de discusiones interminables entre muchos sindicatos u organizaciones gremiales formadas o por formarse, grupos de empleadores y las autoridades sobre si las formas de sindicato u organización eran válidas o no. Este nuevo apartado extiende esta lista y recogería los siguientes tipos: de empresa, de grupos de empresa, de actividad/rama, de gremio, de oficios varios, de cadena productiva o de redes de contratación o subcontratación (en línea con las discusiones más recientes), y de cualquier otro ámbito que los trabajadores estimen conveniente.

Todo este artículo podría ser sustituido por una fórmula, que básicamente permita constituir sindicatos en cualquier ámbito, de acuerdo a lo que determine su acta de constitución. Así el sindicato elige, determina o inventa su ámbito sujeto únicamente a la decisión de los trabajadores. Con todo, debe seguir defendiéndose que la forma sindical no condiciona, determina o define la forma de relacionamiento con la contraparte. Por ejemplo, el hecho de que se genere un sindicato de cadena productiva o redes de contratación o subcontratación no significará que haya una negociación colectiva con los empleadores de esa misma cadena o red necesariamente.

El nivel de la negociación está definido por reglas que son distintas a las de la libertad absoluta de los trabajadores para formar sus organizaciones. Por lo tanto, no necesariamente tiene que haber una oposición a esta fórmula más abierta, respetuosa del principio de que los empleados formen sus entidades conforme mejor lo entiendan - siempre que esa libertad agote su efecto al pasar al terreno de las relaciones con contrapartes. Esto no estaba en el proyecto que se discutió entre trabajadores y empleadores previamente, lo que requeriría una discusión para seguir adelante a pesar de ya haberse incorporado al artículo 4° del reglamento en contradicción con la legislación hoy vigente.

En el artículo sobre los requisitos para ser miembro de un sindicato, la norma repite lo consensuado salvo una precisión en cuanto a que los trabajadores de dirección no sólo pueden integrar un sindicato cuando sus estatutos lo acepten

sino que también pueden formar su propia organización sindical. Esto resulta innecesario porque los motivos por los que trabajadores de dirección o de confianza (sin diferencia entre ellos para esta clase de eventos) no deben estar en el alcance de la negociación colectiva y de la huelga son los mismos.

Entre las razones figuran el acceso y la identificación con la organización de la empresa, sumados al conflicto de intereses que representa el grado de acceso frente a la posibilidad de beneficiarse de los productos de la negociación colectiva o de su integración al esfuerzo de huelga. El tratamiento de ambas categorías de trabajadores debería ser el mismo. Si un sindicato puede admitir a estos trabajadores expresamente, significa evidentemente que ese tipo de cargos laborales también pueden hacer un sindicato que los admita directamente.

Hay también una norma nueva sobre secciones sindicales, que trata de regular y recoger la figura de la sección sindical cuando hay empresas que tienen más de un establecimiento o centro de trabajo. Es una disposición nueva que no tiene mayor complicación, aplicándosele a las secciones sindicales las normas generales que corresponden a los sindicatos también. Si hablamos de los fines y funciones de los sindicatos, la propuesta está consensuada de forma similar a lo que ya está hoy vigente, aunque el número de afiliados bajaría en el anteproyecto de 20 a 10 trabajadores como mínimo para un sindicato.

Esta discusión planteada al inicio recoge mejor la idea de que los trabajadores sean los dueños de la organización y de la forma que quieren darle a su entidad. No obstante, podría considerarse que esto no conviene a los trabajadores porque realmente tener sindicatos tan pequeños no sirve para mucho en relación a entidades más grandes. La cuestión aquí es que de aplicarse este último criterio se estaría decidiendo en nombre de los trabajadores, contrariamente al principio señalado.

Así y todo se está limitando la decisión del trabajador ya que, por ejemplo, cuatro empleados de una micro empresa no podrían formar un sindicato así y tendríamos que llegar pues entonces al mínimo de dos personas para que exista pluralidad a la hora de la formación de la persona jurídica. No es seguro que sea para bien que surjan estas micro organizaciones en lugar de que haya un esfuerzo para consolidar mayorías o grupos más grandes que canalicen los intereses de los trabajadores.

Hay una norma consensuada entre los representantes de los trabajadores que admite que los empleados designen dos delegados como interlocutores ante sus empleadores, cuando no se haya constituido sindicato. En todo lo que es constitución del sindicato, libros, contenido del estatuto o el registro mismo no hay mayores puntos conflictivos, esa es la desgracia de este escenario que podría haber encauzado temas que no son del todo problemáticos por la vía del diálogo, en lugar de simplemente desecharlos o cambiarlos y luego integrarlos a otros más conflictivos que también podrían haberse llevado a conversación.

Sobre la personalidad jurídica tampoco hay problema. Se agrega un párrafo conforme al cual la autoridad administrativa de trabajo comunica al registro público la inscripción de un sindicato, lo cual es correcto y constituye una regla de sentido común para que la personería del sindicato se extienda a actos civiles de forma automática. Las responsabilidades de las organizaciones sindicales en materia de situaciones como daños y similares está consensuado, y el derecho de los sindicatos de constituir o integrarse a federaciones y confederaciones está acordado, a diferencia de la propuesta no discutida de afiliación directa a las organizaciones de segundo grado que se repite en el artículo 365.

210

Tampoco hay mayores complejidades y discusiones sobre el articulado en materia de los órganos sindicales o del patrimonio sindical, como tema íntimo de los trabajadores y sin mayor debate en lo que respecta a las normas de asamblea general, junta directiva, patrimonio o descuentos de cuotas sindicales, que suma una precisión permitiendo que las mismas se debiten automáticamente a partir de la afiliación (contrariamente a lo dispuesto por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que requiere autorización explícita del trabajador para el descuento de las cuotas y no sólo su afiliación).

A la hora de la libertad sindical ya entramos a terrenos con más debate y discusión. El artículo 381 contiene un párrafo que podría ser peligrosísimo: *“son nulos y carentes de todo efecto los preceptos normativos, los actos administrativos, las cláusulas de convenios colectivos, los pactos individuales, las decisiones unilaterales de los trabajadores y, en general, todo acto que contenga o suponga cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o perjudiciales, por razón de la adhesión o no a una organización sindical, a sus acuerdos o al ejercicio de actividades sindicales”*.

Por ejemplo, si un sindicato mayoritario pide como parte de la negociación colectiva que un determinado beneficio sea aplicable únicamente a sus afiliados y no a los no afiliados. Eso es una cláusula de un convenio colectivo que supone una discriminación en las condiciones de trabajo, por razón de la adhesión o no a la organización sindical, y según esta propuesta sería nulo. El empleador da un beneficio para igualar la situación y tener un único tratamiento entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados cuando hay un sindicato minoritario, esto también constituiría un acto nulo. El aumento a los no sindicalizados sería un acto nulo.

Parece ligera la forma en que se ha agregado una norma con efectos tan severos, tan amplios y tan impredecibles como ésta. El artículo 381, específicamente en el primer párrafo, tendría que conllevar un examen de mayor profundidad al que se encuentra hasta hoy incorporado en el anteproyecto del Código de Trabajo. Suena bien la redacción, pero en la realidad generaría una cantidad y severidad de discusiones, problemas, juicios, nulidades y alegaciones infinitas.

Sería absolutamente pernicioso para todos que el apartado quede escrito de esta forma porque el empleador va a tener que restringirse y ajustarse para no entrar a esos riesgos, una vez que se le coloquen a él, y aparecerán repercusiones sobre las negociaciones colectivas. Los efectos de esta propuesta serían complejos de prever y tomaría años de estudio llegar a una fórmula, a pesar de que se entiende lo que busca la presente iniciativa, para que sea realmente aceptable y funcional.

Luego se encuentra la protección específica de la libertad sindical, lo que manejamos siempre como fuero sindical, que amplía los beneficiarios al modificar, desfigurar y desconocer los consensos de las partes, lo que no debería suceder. Hay dos o tres artículos en ese sentido que amplían tanto los beneficios como sus destinatarios y después está el artículo 384 que básicamente revierte la situación de los dirigentes, de las personas protegidas por el fuero, para que su separación de la empresa, los cambios que los afecten o su traslado geográfico o similar requieran autorización judicial previa.

Este aspecto va en contra de toda razonabilidad en lo que refiere a la administración de un centro de trabajo, que debería ser administrado por sus titulares. Distinto sería la existencia de una defensa vigorosa, ágil e inmediata si se quiere de los derechos de los trabajadores que puedan ser afectados por esto. Por el

contrario, pedirse autorización, permiso y judicializar todo desde un inicio sin siquiera saber si hay oposición del empleado parece excesivo y contraproducente.

También hay protección en caso de cese colectivo para los dirigentes sindicales y otra nueva norma fuera de consenso sobre facilidades para los representantes: derecho a ingresar al centro de trabajo, a entrevistarse, a difundir, a contar con medios de comunicación y a usar instalaciones del empleador. Precisiones que no deberían aparecer en una norma como el anteproyecto, en vistas de que el tratamiento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo vigente (que rige las relaciones de las partes y la negociación colectiva) es correcto. Éste no es un tema unilateral de beneficios, sino que se están generando cargas o desajustes en la administración de los centros de trabajo que no debieran ser establecidos por el Estado.

Se mejoran las licencias y se establecen una serie de derechos a la información, que han sido recogidos ahora reglamentariamente y van más allá incluso de lo que normalmente viene aplicándose en los acuerdos entre empresas y trabajadores. Sobre este punto se dice que debe haber entrega de planillas con remuneraciones de trabajadores que pueden no estar afiliados al sindicato, lo que no parece balanceado o razonable si esto no proviene de un acuerdo entre las partes. Por último, en lo referente a la disolución del sindicato se respeta lo acordado, salvo algunos detalles que no cambian sustancialmente la legislación.

**CONTRATACIÓN CON INTERVENCIÓN
DE TERCEROS
04/08/2022**

LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO¹

RICARDO HERRERA VASQUEZ²

La descentralización productiva del trabajo es uno de los puntos incluidos en la Agenda 19, publicada en septiembre del 2021. Alguno de estos puntos ya han sido ejecutados, como por ejemplo la publicación del Decreto Supremo 001-2022-TR que modificó el Reglamento de la Ley de Tercerización y entró en vigencia - salvo alguna medida en contrario - el 23 de agosto de 2022. Corresponde también mencionar la modificación obrada por el Decreto Supremo 014-2022-TR al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, previa a la presentación ante el Congreso de la República del anteproyecto del Código de Trabajo para su discusión y debate en el parlamento nacional.

Bajo presión de la opinión pública es que el Ministerio de Trabajo ha decidido someter a debate este anteproyecto en el Consejo Nacional de Trabajo, que es la plataforma de concertación social por excelencia que tiene Perú y donde están representados el Estado, los trabajadores y los empleadores. Es pues en esa medida muy importante obtener la legitimidad social de las normas en esta instancia, para poder en el caso del Ejecutivo - respecto de su competencia - publicarlas y en el caso del Congreso de la República discutir y debatir los proyectos de ley.

-
- 1 El presente artículo es una síntesis de la ponencia realizada por el autor durante el ciclo de conferencias “El Anteproyecto del Código de Trabajo bajo análisis”, celebrado entre los meses de junio y agosto de 2022. El expositor no ha revisado ni realizado correcciones sobre la versión escrita de su presentación en formato oral.
 - 2 Abogado y Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Socio Principal del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera desde el año 2000. Fue consultor del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), además de ejercer como profesor universitario en la misma casa de estudios en que se formó.

Es criticable que este proyecto haya sido elaborado solamente por funcionarios del Ministerio de Trabajo cuando el Proyecto de Ley General del Trabajo (PLGT) fue obra de una comisión especial muy representativa al estar integrada por especialistas de diferentes orígenes. Entre sus miembros se podían encontrar aquellos que asesoraban empresas, sindicatos y profesores universitarios, de modo tal que hubiese sido interesante que ese tipo de conformación variopinta se repita al momento de elaborar este anteproyecto. Esto no quiere decir que la condición intrínseca del funcionario del Ministerio de Trabajo sea mala o que tenga menor capacidad jurídica para elaborar un documento de nivel, que los que integraron la comisión especial que elaboró el PLGT. Simplemente es un tema de representatividad en la conformación del equipo técnico que hubiera sido ideal tuviese en cuenta el Ministerio de Trabajo en vistas de este antecedente.

Ahora bien, ¿qué posibilidades de aprobación tiene el anteproyecto? Si se tiene en cuenta precisamente el antecedente del PLGT, sus probabilidades parecerían ser bajas. Cabe recordar que el PLGT se discutió durante cerca de 11 años en el parlamento y no se aprobó como tal. Sin embargo, sí se aprobaron algunas partes del proyecto como leyes especiales: para comenzar el proyecto es del 2001 y al año siguiente Perú ya contaba con una ley de intermediación laboral cuyo contenido se inspiró bastante en el PLGT. Luego, por ejemplo, en el 2008 se dio la Ley de Tercerización también en base a la propuesta elaborada en la iniciativa original.

De modo que hablando de la descentralización productiva, tenemos dos leyes que se concretaron a partir del PLGT, con lo cual podría ocurrir lo mismo a partir del anteproyecto del Código de Trabajo, es decir, que surjan leyes especiales que permitan la entrada en vigencia del contenido en virtud de las decisiones políticas del momento. Esto puede pasar de modo tal que no se apruebe el anteproyecto como tal porque es una discusión muy grande, muy técnica y para lo que probablemente Perú no cuenta con un Congreso a la altura del debate que este proyecto exigiría, pero sí para la delegación de facultades o el tratamiento de leyes especiales sobre algunos de los capítulos o partes del anteproyecto. Esto podría concretar su entrada parcial en vigencia.

Lo cierto es que el Ministerio de Trabajo no podría enviar el anteproyecto al Congreso hasta que no se haya agotado su debate en el Consejo Nacional de Trabajo (CNT). Lamentablemente en esta instancia previa ha surgido un

impase, dado que la representación empleadora ha suspendido su presencia a partir de la experiencia con los Decretos Supremos 001 y 014, es decir, como consecuencia de que el Ministerio de Trabajo no cumpliera su promesa de discutir estos proyectos en el seno del CNT. Aquí hay una contradicción que revela una mala fe de parte del Ministerio de Trabajo, al poner a debate temas de relevancia como la regulación de la tercerización o de las relaciones colectivas de trabajo en el país.

Adicionalmente, estos decretos supremos pierden gran parte de su legitimidad, sin contar errores formales que se han cometido en ambos casos: por ejemplo se incumple con el requisito de contar con aprobación del Consejo de Ministros (CM), según manda un Decreto Supremo, a la hora de poner en vigencia una norma reglamentaria que afecta transversalmente a más de un sector de la economía. Ninguno de los dos decretos en cuestión han sido aprobados por el CM, sólo llevan la rúbrica del presidente y del ministro de Trabajo. En segundo lugar, tampoco se ha cumplido con la presentación del informe del Ministerio de Trabajo para determinar el impacto económico de la norma promulgada de acuerdo a lo exigido por el Decreto Legislativo 1440. Ni el Ministerio de Economía y Finanzas ni la Comisión de Coordinación Viceministerial han avalado este proceder.

De modo que hay omisiones formales en ambos Decretos Supremos, que han llevado - por ejemplo - a que la INDECOPI emita más de 25 medidas cautelares ante denuncias por barreras de acceso al mercado. Estos reclamos presentados por diferentes empresas contra el Decreto Supremo de tercerización hacen que su legalidad sea muy precaria y probablemente por mandato administrativo o judicial sus efectos prácticos terminarán suspendiéndose en nuestra economía.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

El concepto que engloba a la intermediación y la tercerización laboral en el anteproyecto es la contratación de servicios con terceros, admitiendo prestaciones de los siguientes tipos: la contratación indirecta de personal para servicios temporales y la tercerización de servicios u obras que una empresa hubiese mantenido a su nombre. La primera novedad entonces que traería consigo este anteproyecto es que desaparecería la intermediación laboral como forma de iluminar la

descentralización productiva que implica la mera provisión de mano de obra, ahora se llamaría contratación indirecta de personal para servicios temporales. Esto resulta de especial importancia porque ya no se permitiría la intermediación laboral para servicios complementarios, ni tampoco para servicios especializados.

En el caso de las prestaciones admitidas, se diferencia entre la que tiene que ver con el núcleo del negocio de la empresa cliente o usuaria y la que tiene relación con todo aquello fuera del núcleo del negocio. En lo relacionado al núcleo del negocio, sólo se va a permitir la contratación indirecta de personal por suplencia, ya no cabría la posibilidad (como ocurre hoy en día) de contratar intermediación laboral para tareas ocasionales, complementarias o especializadas. Por otro lado, tratándose de las actividades externas al núcleo del negocio de la empresa cliente o usuaria sólo se permitiría la contratación indirecta de personal para labores de suplencia u ocasionalidad, además de para la tercerización de labores de servicios u obras.

La primera conclusión entonces es que la tercerización laboral sería para actividad no nuclear, cuando en realidad eso es muy difícil de concretar en la práctica porque- por ejemplo - la actividad ocasional se daba mucho en materia de intermediación laboral hasta el presente respecto de un inventario, un almacén, una auditoría o un área administrativa de la empresa cliente que tenía que ver sin duda alguna con la actividad nuclear. Impedir esta forma de trabajo para las actividades en cuestión supone que la ocasionalidad va a ser prácticamente inejecutable en un escenario hipotético de intermediación laboral bajo las pautas del anteproyecto, dejando la intermediación laboral exclusivamente para suplencias.

Además, otra conclusión a la que podemos llegar a priori es que si nos dicen que la tercerización de servicios está pensada para lo que es actividad no nuclear, entonces estamos considerando en el anteproyecto lo que ya dice el Decreto Supremo 001. Quedaría prohibida la tercerización de servicios para la actividad nuclear de la empresa cliente o usuaria, definiéndose núcleo de negocio igual que en este decreto: todo aquello que es declarado como actividad en el objeto social de la empresa, que le reporta mayores ingresos económicos o por lo cual la empresa cliente o usuaria es conocida por sus clientes, por sus proveedores y en general por el mercado. De modo tal que el anteproyecto pretende elevar a rango de ley lo que establece la medida en cuestión para, de

esa manera, modificar la Ley de Tercerización, que desaparecería si el anteproyecto se concreta.

Asimismo, queda demostrado que el Ministerio de Trabajo es consciente en su propuesta de que el Decreto Supremo 001 ha modificado el reglamento de la Ley de Tercerización de manera ilegal porque esta norma permite que se tercericen partes del proceso productivo que tienen que ver con el núcleo del negocio. Cabe recordar que esto también ha sido sometido a prueba ácida en el 2011 mediante una sentencia de la Corte Suprema a una acción popular, donde se establecía que el reglamento no era ilegal al permitir la tercerización de actividad nuclear o principal.

Luego, el Tribunal Constitucional en 2019 emitió una sentencia en el marco de una acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Tercerización, que señalaba como perfectamente constitucional el hecho de que la legislación en cuestión comprenda a la subcontratación del núcleo de negocio o de la actividad principal de la empresa como una de las versiones de la tercerización.

Contra esas sentencias emitidas por los órganos de justicia más importantes del Perú es que el Decreto Supremo es considerado como ilegal y probablemente sea esa la razón de los reveses recibidos ante INDECOPI. A su vez, este escenario podría replicarse próximamente en el Poder Judicial en forma de medidas cautelares y mociones de amparo contra la aplicación de las mismas disposiciones. Lo cierto es que este proyecto pretende elevar la prohibición de la tercerización en materia del núcleo de negocio o la actividad principal de la empresa cliente o usuario a rango de ley. Ambas figuras, tanto en la intermediación como en la tercerización, incluirían - según el anteproyecto - desplazamiento continuo de personal hacia el centro de trabajo o de operaciones de la empresa cliente, salvo en el caso del trabajo a distancia de las empresas de servicios temporales.

Nótese que aquí se está pensando incorporar una nueva figura de intermediación laboral, que ya no solamente consista en el desplazamiento de los trabajadores del service o la cooperativa de trabajo hacia el centro de operaciones de la empresa cliente o usuaria sino que también esta norma alcance a los casos sin destaque de trabajadores. Situaciones en que el service va a prestar sus servicios desde sus propios centros de trabajo, o sea el equivalente al 'outsourcing' en materia de tercerización. Esto entonces revela una vocación omnicomprendensiva expansiva de la figura de la intermediación laboral en su regulación legal

en el Perú para incluir también aquel servicio de intermediación laboral que se dé fuera del centro de trabajo de la empresa cliente, escenario muy difícil de encontrar en el Perú.

INTERMEDIACIÓN Y TERCERIZACIÓN LABORAL

En esta parte del anteproyecto se establece que los trabajadores destacados por la empresa de servicios temporales van a estar sujetos a un límite numérico o cuantitativo equivalente al 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria, como ocurre hoy. Sería entonces una continuación de lo que la legislación ya manda en la actualidad, pero también la iniciativa señala que no se podrá contratar personal a través de intermediación laboral para reemplazar trabajadores de la empresa usuaria en huelga o para reemplazar cargos que hayan sido suprimidos en los 12 meses previos a la intermediación laboral. Por ende, estamos ante una situación en que se crea esta figura de previsión respecto de la cual si una empresa suprime puestos de trabajo, como podrían ser los empleos de vigilancia o limpieza, no podría suplirlos por la vía de la intermediación laboral hasta transcurrido un año del cese a los trabajadores que desarrollaban estas labores.

220

Esta norma sería también inconstitucional porque atentaría contra la libertad de contratación, la libertad de empresa y la libertad de iniciativa privada, dado que no hay ninguna razón atendible para que una empresa pueda decidir hoy dejar de desarrollar determinadas actividades en sus centros de trabajo u operaciones y pasar a tercerizarlas o intermediarlas. Prohibir la intermediación laboral de este tipo de servicios porque simple y llanamente lo dice la norma, dejando a la empresa sin poder hacerlo durante un año, en el fondo va a prácticamente imposibilitar la intermediación laboral de este tipo de actividades. Si a eso le sumamos que estas prácticas también estarían prohibidas para la labor ocasional, complementaria o especializada, el escenario es uno en el cual prácticamente desaparecería la intermediación laboral del mercado de trabajo.

Además, tampoco es posible - según el anteproyecto - ceder trabajadores de una empresa a otra, o sea que no podrían pasar trabajadores de la empresa cliente o usuaria al service ni viceversa, atentando contra la oportunidad de trabajo para que las personas no queden desempleadas como consecuencia de una decisión soberana de la empresa usuaria de dejar de desarrollar determinadas actividades

en su seno. Esto perjudicaría a los trabajadores porque les resta oportunidades de empleo para continuar desarrollando labores en una empresa u otra. Sucesivamente se pierde talento porque, si la empresa usuaria decide dejar de lado estas actividades, los trabajadores que llevaban a cabo estas tareas ya no podrían pasar al 'service', incluso en los casos de tercerización.

En simultáneo, se mantiene el requisito que exige a los 'services' acreditar un capital suscrito y pagado no menor a 45 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) de cara al Ministerio de Trabajo al momento de su constitución social. Esto les permitiría registrarse como tales y tener el permiso para operar como entidades de intermediación laboral. En materia de tercerización se dice que la misma implica el desplazamiento continuo de personal a la empresa cliente, sin exigir su presencia física en el centro de operaciones del usuario cuando la naturaleza de las actividades permite el trabajo a distancia.

Al igual que en la intermediación laboral entonces se estaría ampliando la cobertura legal para regular el 'outsourcing', es decir, por ejemplo lo que puede encontrarse hoy día en el mercado dentro de un 'call center' que realiza la labor de atención al cliente para empresas de telecomunicaciones, de consumo masivo o de talleres de mantenimiento de vehículos. En todos estos casos no se destacan trabajadores a la empresa cliente para llevar a cabo estas actividades directamente en el centro de trabajo.

De esta forma, se restringiría la posibilidad de desarrollar los 'outsourcing' que ya existen en el país y en la actualidad están exentos de la prohibición del Decreto Supremo 001 al desarrollar actividad nuclear pero sin desplazamiento continuo. Esto les permite continuar operando sin ningún problema., lo que no ocurriría de aprobarse el nuevo Código de Trabajo.

Las empresas tercerizadoras como elementos característicos contarán, entre otras cosas, con equipamiento propio, inversión de capital, una retribución pactada con la empresa cliente por obra o servicio y una pluralidad de clientes. Este requisito fue reutilizado por el Decreto Legislativo 1038, dado que estaba contenido en la ley de intermediación original y fue considerado inconstitucional al no ser exigible que ninguna empresa en Perú tenga dos clientes o más para iniciar operaciones. Sin embargo, inicialmente fue dispuesto así en la norma para la tercerización y con el decreto legislativo en cuestión se definió que no era un elemento esencial para su existencia sino que simplemente era un indicio, lo

que permite encontrar empresas de tercerización que comienzan a operar con un solo cliente en el mercado. Esto es evidentemente lo correcto y facilita la inversión privada.

Cabe destacar que tampoco se admite la mera provisión de personal porque efectivamente la intermediación laboral es la única figura en la que sí se justifica como tal, al ser el objeto de la relación. En cambio el contrato en la tercerización laboral busca que el tercero preste un servicio o ejecute una obra para una empresa cliente, no siendo entonces la mera provisión de personal. El tercero actúa con autonomía, su personal sólo recibe órdenes suyas, tiene equipamiento propio, tiene 'know-how', tiene un nivel de especialización tal que de repente el cliente no puede desarrollar con la eficacia que éste lo haría. Esta parte de la norma si parece adecuada, confirmando lo previamente señalado.

Ahora bien, el anteproyecto del Código de Trabajo contiene una serie de normas comunes a la intermediación y la tercerización laboral. La primera que resalta es la exigencia de igual remuneración por trabajo de igual valor, es decir, que los trabajadores de las empresas de servicios temporarios deben percibir iguales remuneraciones y condiciones de trabajo que el personal de la empresa usuaria durante el tiempo del destaque, siempre que sean más beneficiosas. Léase que si en la empresa usuaria las condiciones de trabajo son peores que en el 'service' se mantiene la obligación de que el último siga pagando esos deudos y estos beneficios laborales a los trabajadores de su planilla. No se exigiría que la empresa usuaria eleve las remuneraciones y condiciones de trabajo a los niveles del 'service', generando una obligación únicamente de ida y no de vuelta en términos de reciprocidad salarial.

Esta situación atenta directamente contra las propias pautas de la Ley de Igualdad Salarial, que dice que un trato diferenciado en materia salarial con razones objetivas no puede discriminar a otros trabajadores que hacen lo mismo. Lo mismo señala un informe de jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, es decir, si tenemos por ejemplo razones objetivas como mayor experiencia, mayor especialización, mayor nivel de instrucción, mayor permanencia en el cargo del tipo que se requiere y mayor antigüedad o tiempo de servicios, estos elementos sí podrían justificar un tratamiento diferenciado para que el trabajador del 'service' gane menos que un trabajador de la empresa cliente.

Evidentemente aquí tenemos otro choque con la Ley de Igualdad Salarial, que regula un tema particular como la compensación y beneficio del empleado en su centro de trabajo y sobre todo la forma en que debe manejarse la equidad salarial al interior de cada empresa. Esta pauta de igual remuneración por trabajo de igual valor se aplica también en empresas tercerizadoras si la empresa cliente ya ejecutó la actividad directamente antes de estabilizar el servicio u obra, o sea que si esta empresa nunca tuvo personal propio que desarrolle las tareas que se van a tercerizar no cabría la pauta en cuestión.

Luego, el anteproyecto también señala que la vigencia de los contratos de trabajo de personal destacado no puede condicionarse al plazo de vigencia del contrato celebrado entre la empresa usuaria o cliente y el ‘service’ o la empresa de tercerización. Sin embargo, ahora sabemos que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 16 literal C, permite que las partes pacten una condición resolutoria que podría ser la decisión de la empresa cliente o usuaria de poner término al contrato de intermediación o tercerización como elemento que disponga la extinción de la relación laboral entre el trabajador y el ‘service’ o la empresa de tercerización.

Léase que si el cliente decide cancelar el servicio de intermediación o tercerización, estos últimos pueden a su vez aplicar la condición resolutoria previamente pactada y no continuar el empleado en sus funciones. Esta posibilidad quedaría prohibida con el anteproyecto del Código de Trabajo, que también indica que en caso de fraude o infracciones a las normas previamente expuestas se configuraría una relación laboral directa entre el personal desplazado y la empresa usuaria o cliente desde el inicio del destaque, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de las multas que puedan aplicarse a los ‘services’, terceros y empresas clientes.

Este último punto va en contra de la jurisprudencia fijada por la Corte Suprema, que nos dice que más bien el trabajador que pretende vincularse laboralmente a la empresa cliente o usuaria tiene que probar desde cuando su intermediación o tercerización incumplieron con su contrato para, a partir de ese momento, configurar una relación laboral directa con la empresa cliente. El anteproyecto, por el contrario, propone que se presuma fue desde el inicio del destaque, salvo prueba en contrario del ‘service’, tercero o empresa cliente.

Existe una inversión de la carga de la prueba excesiva porque debe mantenerse la pauta de que la aplicación retroactiva de los efectos de una sanción

laboral está absolutamente circunscrita a los supuestos que así lo ameriten. En este caso, a las pruebas que presente el trabajador en un juicio o a una inspección laboral con el objetivo de probar desde cuándo realmente se ha desnaturalizado la intermediación de un trabajador y entonces configurar una relación directa con la empresa usuaria o cliente desde ese momento como sanción. Resulta clave entender la lógica de las normas laborales en su aplicación excepcionalmente retroactiva.

Además, se dice que la responsabilidad solidaria en la contratación de personal para servicios temporales o de intermediación laboral se dará durante todo el tiempo del destaque. A diferencia del caso de la tercerización laboral en que este compromiso correrá una vez se excedan las 240 horas o los 30 días calendario consecutivos dentro de un mismo semestre, es decir, esta pauta definirá qué será considerado como desplazamiento continuo. En todos los casos, la solidarización se extiende hasta cuatro años luego de concluido el destaque, a diferencia del marco regulatorio vigente que extiende la solidarización por un año y solamente para los casos de intermediación.

224

Esto llevaría a que todas las empresas sean responsables solidariamente respecto del pago de beneficios sociales si un trabajador destacado por un tercero terminara en los cuatro años siguientes empleado en distintos lugares, cuando se trata de una sola relación laboral y de un solo paquete de beneficios sociales. Esto promovería una multiplicidad de costos laborales innecesarios, cuando en realidad lo que debería hacerse es simplemente que la responsabilidad solidaria sea respecto de una determinada empresa cliente por el tiempo que el trabajador haya sido desplazado allí o en todo caso un tiempo más.