

**INTRODUCCION
AL
DERECHO DEL TRABAJO**

Javier Neves Mujica

Facultad de Derecho

Pontificia Universidad Católica del Perú

INDICE

	Páginas
INTRODUCCION	5
1. AMBITO DE APLICACION DEL DERECHO DEL TRABAJO	
1.1 EXPLICACION.....	9
1.2 TRABAJO OBJETO DE PROTECCION POR EL DERECHO DEL TRABAJO	
1.2.1 TRABAJO HUMANO	11
1.2.2 TRABAJO PRODUCTIVO	12
1.2.3 TRABAJO POR CUENTA AJENA	15
1.2.4 TRABAJO LIBRE	16
1.2.5 TRABAJO SUBORDINADO	19
1.3 ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RELACION LABORAL	
1.3.1 PRESTACION PERSONAL	24
1.3.2 SUBORDINACION	25
1.3.3 REMUNERACION	28
1.4 PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD	29
1.5 CONTRATO TIPICO Y CONTRATOS ATIPICOS	32
1.6 REGIMEN LABORAL PRIVADO Y PUBLICO	34
1.7 LABORES EXCLUIDAS Y EQUIPARADAS	35
2. FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO	
2.1 CONCEPTO	37
2.2 NIVELES Y SUBNIVELES	39
2.3 PRINCIPALES PRODUCTOS NORMATIVOS Y NO NORMATIVOS DEL DERECHO DEL TRABAJO	
2.3.1 CONSTITUCION	42
2.3.2 TRATADO	50
2.3.3 LEY Y OTRAS NORMAS ESTATALES	
2.3.3.1 LEY Y REGLAMENTO	56

	2.3.3.2	DECRETO LEGISLATIVO Y DECRETO DE URGENCIA	58
	2.3.4	CONVENIO COLECTIVO	60
	2.3.5	REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO	67
	2.3.6	COSTUMBRE	68
	2.3.7	SENTENCIA	71
	2.3.8	CONTRATO DE TRABAJO	73
3.		VIGENCIA DE LOS PRODUCTOS NORMATIVOS Y NO NORMATIVOS LABORALES EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO	
	3.1	VIGENCIA EN EL ESPACIO	74
	3.2	VIGENCIA EN EL TIEMPO	79
4.		RELACIONES ENTRE NORMAS Y ACTUACION DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO	
	4.1	CONCEPTO DE PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO	87
	4.1.1	PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO	
	4.1.1.1	IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS	87
	4.1.1.2	IGUALDAD ANTE LA LEY, DE TRATO Y DE OPORTUNIDADES	94
	4.1.1.3	OTROS QUE OPERAN EN EL CAMPO DE LAS RELACIONES ENTRE NORMAS Y HECHOS, Y ENTRE NORMAS.	100
	4.2	RELACIONES ENTRE NORMAS Y HECHOS, Y ENTRE NORMAS	
	4.2.1	EXPLICACION	100
	4.2.2	NINGUNA NORMA APLICABLE	
	4.2.2.1	ANALOGIA, INTERPRETACION EXTENSIVA Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	103
	4.2.3	UNA UNICA NORMA APLICABLE	
	4.2.3.1	<i>IN DUBIO PRO OPERARIO</i>	105
	4.2.4	UNA NORMA APLICABLE RELACIONADA CON OTRA	
	4.2.4.1	SUPLETORIEDAD	111
	4.2.4.2	SUBSIDIARIEDAD	113
	4.2.4.3	CONFLICTO. NORMA MAS FAVORABLE	113
	4.2.4.4	SUCESION. CONDICION MAS BENEFICIOSA	124

4.2.5	VARIAS NORMAS SIMULTANEAMENTE APLICABLES	
4.2.5.1	COMPLEMENTARIEDAD	130
4.2.5.2	SUPLEMENTARIEDAD	131
BIBLIOGRAFIA	133

INTRODUCCION

El Derecho del Trabajo es un desprendimiento del Derecho Civil, relativamente reciente -en perspectiva histórica-, ya que su antigüedad no se remonta ni siquiera a doscientos años atrás. Para comprender las razones de esa escisión, debemos reparar en un dato jurídico de inmensas repercusiones sociales, que es el de los principios que inspiran el ordenamiento civil.

En el marco de las colosales transformaciones que supusieron la Revolución Industrial, en el plano de la ideología económica, así como de las formas de organización de la producción y del trabajo, y la Revolución Francesa, en el ámbito de las ideologías políticas y jurídicas, el Derecho Civil moderno se construye sobre pilares que pueden producir desastres sobre algunas relaciones sociales.

Se proclama que todas las personas son formalmente iguales y libres, por lo que pueden concurrir al mercado a comprar o vender cualquier bien. Como este mercado está regido por una ley natural de la oferta y la demanda, las condiciones de dicha adquisición son fijadas por ésta. Las partes pueden en esta operación, acordar sin restricciones lo que convenga a sus intereses, en virtud de la autonomía privada individual. El Estado debe garantizar que los sujetos puedan celebrar el contrato y luego lo cumplan según lo pactado, pero no debe intervenir en la determinación de los derechos y obligaciones establecidos en aquél. Si hubiera alguna ley que señalara el contenido de las relaciones jurídicas, ésta tendría carácter dispositivo, por lo que cualquier regulación diferente del contrato prevalecería sobre aquélla.

La aplicación de este esquema en el campo de las relaciones laborales, más aún con la rigidez propia del liberalismo entonces en auge, mostró que los valores consagrados por el Derecho Civil no se verificaban en la realidad: el trabajador sólo dispone de su energía, que debe ofrecer a quien la vaya a utilizar, que será un empresario, a cambio de una retribución; pero como la necesidad de obtener un empleo, es mucho mayor que las probabilidades de encontrarlo, la voluntad única del empleador establece los derechos y obligaciones entre las partes. Esto condujo a un régimen de extrema explotación de la mano de obra, sin precedentes en la historia: jornadas extenuantes, salarios miserables, pagados muchas veces en vales, pésimas condiciones de seguridad e higiene, etc. Hay multitud de testimonios de este cruel período, en la historia, la filosofía, la economía, la literatura...

No tardó en surgir una reacción de los mismos afectados por este sistema, alentada por el pensamiento anarquista y socialista (en el Perú no puede omitirse, además, al aprista). El instrumento por excelencia en esa lucha estuvo en la organización sindical. Pese a que los ordenamientos penales consideraban un delito la existencia y funcionamiento de los sindicatos, éstos se formaron y consolidaron hasta llegar a constituir una verdadera amenaza contra el régimen económico y político. Los trabajadores tenían conciencia de que sólo por esa vía podrían presionar al Estado para la fijación de reglas básicas para las relaciones

laborales, así como a sus propios empleadores, en dirección de lograr un régimen de trabajo menos abusivo.

En este contexto, el Estado se vio forzado a abandonar su posición de abstención en la determinación del contenido de los derechos y obligaciones de los sujetos laborales individuales, que iba acompañada de una intervención represiva sobre las acciones sindicales. Allí, el contrato que vinculaba al trabajador con el empleador, entonces llamado arrendamiento de servicios, fue extraído del Derecho Civil, para poder apartarlo de los valores antes mencionados y sujetarlo a otros distintos y hasta contrarios. Este es el origen del contrato de trabajo y del área que se ocupa de todas las relaciones derivadas de él: el Derecho del Trabajo.

Los supuestos del nuevo ordenamiento laboral son muy distintos a los del civil. Se entiende que los sujetos de la relación laboral son materialmente desiguales, porque uno tiene poder económico y el otro no, y, por tanto -también en la esfera sustancial-, al último de éstos le falta libertad. La autonomía privada individual puede, por consiguiente, constituir el vínculo entre las partes, pero la regulación está limitada desde afuera por la ley. Esta se ocupa, pues, no sólo del acceso y la ejecución del contrato, sino además de su contenido, y lo hace de modo relativamente imperativo: fijando beneficios mínimos en favor del trabajador, que por autonomía privada pueden incrementarse pero no reducirse. Constatado el desequilibrio real entre los sujetos laborales individuales, el propósito del Derecho del Trabajo es el de compensarlo con otro desequilibrio en el nivel jurídico, de signo opuesto al anterior: la protección del contratante débil. Este es el sentido de la intervención tuitiva del Estado en esta área.

Pero el único vehículo de nivelación no es el que proviene del Estado: la ley; sino que hay otro surgido de la relación directa entre las organizaciones sindicales y el empleador: el convenio colectivo. La autonomía privada se ensancha desde entonces para abarcar, además de la individual, la colectiva. De allí nacen múltiples y complejas relaciones entre la ley y el convenio colectivo en la regulación de las relaciones laborales, que varían mucho en los modelos democráticos y los autoritarios.

La creación del Derecho del Trabajo supuso, en definitiva, que la regulación de las relaciones laborales que había estado tradicionalmente a cargo de fuentes de configuración -en los hechos- unilateral: el contrato de arrendamiento de servicios, el reglamento interno de trabajo y la costumbre, que expresaban la disparidad, se trasladara a las nuevas fuentes: la ley laboral y el convenio colectivo, que buscan la paridad.

Como la relación laboral es, de un lado, conflictiva, porque los intereses de los trabajadores -como individuos y como categoría- son diferentes y a veces opuestos a los de los empresarios -como individuos y como categoría-, siendo ambos legítimos, se requiere regulación, para que el conflicto discorra entre los márgenes del sistema; pero como, de otro lado, es estructuralmente desigual, porque los trabajadores no tienen poder económico y los empresarios sí, se requiere que esa regulación sea equilibrada, para balancear con la ventaja

jurídica la desventaja material y, de ese modo, contribuir a la materialización de la justicia y la paz.

El ordenamiento laboral en su conjunto cumple así la función de regular la utilización del trabajo ajeno por un empresario y la obtención de ganancias de él, permitiéndola pero controlándola, y de encauzar los conflictos individuales y sociales que se originan en esa relación. Esta función se adapta a las diversas circunstancias en las que debe ejercerse, como pueden ser los distintos niveles de desarrollo económico o las diferentes situaciones de expansión o de crisis económicas, pero en su esencia se mantiene inalterada.

Los temas esbozados son justamente los que corresponden a la teoría general del Derecho del Trabajo. A ésta le compete -desde nuestro punto de vista- el estudio de cuatro cuestiones. La primera es la evolución histórica del trabajo y de su regulación jurídica, deteniéndose en los factores que concurren a la formación del Derecho del Trabajo, así como su presencia en el mundo actual, caracterizado por las innovaciones tecnológicas y la globalización económica. La segunda se refiere al campo de aplicación del ordenamiento laboral, especialmente a los requisitos que debe poseer un trabajo para estar comprendido en aquél. La tercera se ocupa de las fuentes del derecho en esta área, tanto respecto de sus rasgos en sí, como de sus relaciones entre ellas. Y la última, tiene como objeto a los principios del Derecho del Trabajo.

Pues bien, en este libro vamos a estudiar sistemáticamente las tres últimas. Sobre la primera habrá diversas referencias, pero no un análisis de conjunto, porque nos parece que éste requiere un enfoque interdisciplinario. Los temas a tratar son, entonces, los siguientes: ámbito de aplicación, fuentes, vigencia en el espacio y en el tiempo y relaciones entre normas y actuación de los principios. Un detalle mayor de los puntos a abordarse puede encontrarse en el índice.

Todas estas cuestiones, en nuestro ordenamiento, no se encuentran reguladas o lo están de modo disperso, dado que su espacio natural es el Título Preliminar de una Ley General del Trabajo y todavía carecemos de ésta. En tal Título Preliminar deberían establecerse los criterios para la interpretación y aplicación de las normas laborales, que son, justamente, las piezas centrales de la teoría general del Derecho del Trabajo.

Esta obra está doblemente ligada a la vida universitaria. De un lado, es producto de las lecturas, reflexiones y exposiciones efectuadas con motivo del dictado del curso de Derecho Laboral, que desde 1984 está a nuestro cargo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. De otro lado, está concebido con un material para la enseñanza. En esta perspectiva, es sólo un punto de partida para entrar al conocimiento del Derecho del Trabajo. No dudamos que lo sostenido en este libro puede ser objeto de profundizaciones, cuestionamientos y -cuando se den cambios legislativos- actualizaciones. Su propósito es el de abrir y no el de cerrar el debate.

Al elaborar el trabajo -en el marco de la finalidad señalada- hemos utilizado los esquemas de clase, enriquecidos a lo largo de los años, buscando presentar cada tema como lo hacemos en el aula: proporcionar conceptos y clasificaciones, proponer ejemplos y hacer las referencias normativas pertinentes. El resultado debía ser lo más parecido a un fiel cuaderno de apuntes. Por ello, hemos evitado cargar al lector con citas doctrinarias, que muchas veces obedecen más a la vanidad que a la necesidad. Están hechas sólo las indispensables, cuando el aporte personal de un autor nos parece único en un tema. En la bibliografía se ofrece una relación de libros, ensayos y artículos, principalmente de autores nacionales, cuya consulta consideramos imprescindible para un buen manejo de los diversos aportes doctrinarios sobre la teoría general del Derecho del Trabajo.

Creemos que si alguna utilidad tuviera este libro, ella podría apreciarse en una metodología de trabajo activa, donde los estudiantes hubieran leído el texto -acompañado naturalmente de otros- con anticipación a la clase en que se trate el tema respectivo, para que en ésta pueda suscitarse la reflexión colectiva, que permita a cada uno extraer sus conclusiones y construir su posición.

Finalmente, queremos reconocer que las ideas expuestas aquí, pertenecen en mucho a un equipo de trabajo formado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en torno al curso de Derecho Laboral. Muchos de sus antiguos integrantes son hoy en día destacados docentes de nuestra Area Laboral, así como investigadores que en sus tesis u otros trabajos académicos vienen brindando valiosas contribuciones teóricas en esta especialidad. No nombramos a cada uno de ellos porque, afortunadamente para el Derecho del Trabajo peruano, su número es ya elevado. Este reconocimiento no puede dejar de extenderse a los alumnos de la asignatura en todos estos años, que han constituido el estímulo indispensable para la actividad docente, en el plano intelectual y en el afectivo.

Lima, julio del 2007.

1. AMBITO DE APLICACION DEL DERECHO DEL TRABAJO

1.1. EXPLICACION

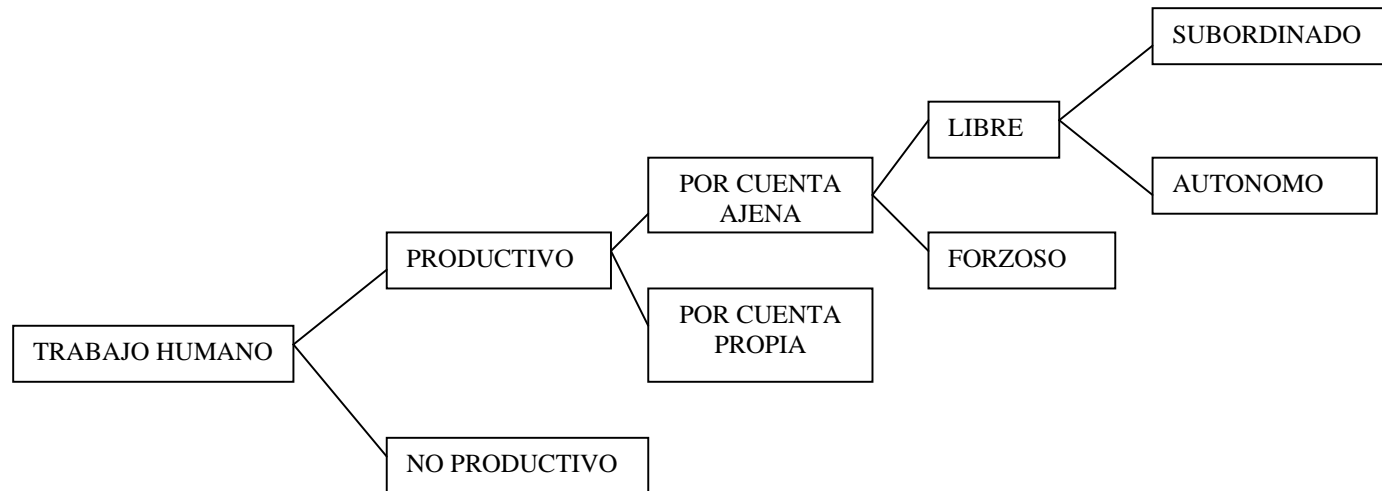
El sentido en que el Derecho del Trabajo utiliza el término trabajo no es coincidente con el que ese concepto tiene en el lenguaje común. En éste, el trabajo es cualquier ocupación, mientras para aquél es sólo la que posee ciertas características. Así, en su acepción amplia, es trabajo la labor desempeñada por un vendedor callejero que ofrece mercadería en una carretilla al público transeúnte, o la del campesino que labra la tierra en su parcela, o la de un médico que atiende a sus pacientes en su consultorio. Sin embargo, para el Derecho del Trabajo ninguna de estas actividades reúne los requisitos necesarios para entrar en su campo de aplicación. Cuáles son los factores que el Derecho del Trabajo exige a una ocupación para considerarla dentro de su objeto de regulación, es una cuestión de la mayor importancia, ya que sólo en aquélla el sujeto que la ejecuta gozará de protección.

Vamos a pasar revista en primer lugar a esas características, que son las mencionadas en la línea superior del cuadro adjunto: trabajo humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado. Ese esquema, así como los conceptos básicos contenidos en él, los manejamos centralmente a partir de las elaboraciones de Alonso Olea y Casas Baamonde (1991: 31 y ss.). En cada caso estableceremos las diferencias con los términos opuestos.

Luego nos detendremos en el análisis de los elementos esenciales de la relación laboral, que se infieren de los factores mencionados. La doctrina concuerda en que esos elementos son tres: prestación personal, subordinación y remuneración. La jurisprudencia nacional lo estableció así, ya desde hace buen tiempo. Pero la cuestión tiene en nuestro medio base normativa recién a partir de la dación de la Ley de Fomento del Empleo, que les atribuyó esa condición en su artículo 37 (hoy convertido en el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral). Es claro, pues, que todos ellos y sólo ellos, configuran una relación como laboral.

Para que estemos ante una relación laboral, entonces, los mencionados elementos deben presentarse en forma conjunta. Si alguno de ellos falla, la relación jurídica tendrá otra naturaleza. Por ejemplo, si hay una prestación personal y retribuida, pero autónoma. Pero a la vez, esos elementos bastan, no hace falta ningún otro. Los demás factores -no esenciales- pueden servir para asignar un régimen laboral u otro (por ejemplo, el carácter privado o público del empleador) o para acceder a ciertos beneficios (por ejemplo, el requisito de una jornada mínima de cuatro horas diarias para el disfrute de la estabilidad laboral o la compensación por tiempo de servicios, en nuestro ordenamiento), pero no para calificar la relación como laboral.

TIPOS DE TRABAJO



Después estudiaremos los casos en que se oculta una relación laboral bajo la apariencia de una civil o mercantil, para eludir la protección brindada por el ordenamiento laboral al sujeto que presta el servicio. En este supuesto opera el llamado principio de la primacía de la realidad.

Finalmente, abordaremos otros tres asuntos: si todos los que son trabajadores para el Derecho del Trabajo caen bajo una misma regulación; si sólo ellos reciben tutela del ordenamiento laboral (y de Seguridad Social); y si hay trabajadores excluidos del ordenamiento laboral. Lo primero nos lleva al tema del contrato de trabajo típico y los atípicos, de un lado, y del régimen laboral privado y público, del otro. Lo segundo, a la figura de la equiparación, por la cual se extiende ciertos beneficios a sujetos que no tienen relación laboral pero sí determinados rasgos que veremos en su oportunidad. Y lo tercero, a las modalidades formativas laborales.

1.2. TRABAJO OBJETO DE PROTECCION POR EL DERECHO DEL TRABAJO

1.2.1 TRABAJO HUMANO

El trabajo consiste en una acción consciente llevada a cabo por un sujeto. La evolución científica permite preguntarse hoy en día si sólo la especie humana es capaz de realizar un trabajo, así entendido, o también pueden hacerlo otras especies animales. No nos referimos a las labores instintivas que ejecutan algunos animales, en las cuales comprometen su actividad: las faenas desarrolladas por las abejas en torno al panal, por ejemplo, menos todavía a las que aquéllos desempeñan como medio para el trabajo humano: los bueyes tirando del arado, por ejemplo; sino a la transformación deliberada de la naturaleza que ciertos animales pueden emprender: los chimpances convirtiendo una rama en instrumento para procurarse alimento o defenderse de los enemigos, por ejemplo. Más allá de que actividades como éstas puedan considerarse trabajo, lo cierto es que sólo los hombres somos sujetos de derecho y, por tanto, es nuestro trabajo el único que le interesa al derecho.

El Derecho del Trabajo -el derecho en general- se ocupa, pues, del trabajo humano. Este ha sido tradicionalmente dividido en manual e intelectual, según utilice preponderantemente materias o símbolos. En un inicio la distinción se pretendió radical y conllevó condiciones diferentes para unos y otros trabajadores. Ello sucedía cuando el trabajo intelectual era desarrollado por los hombres libres y el manual por los esclavos o los siervos. Pero, posteriormente, la separación entre un tipo y otro de trabajo empezó a relativizarse, por cuanto todo esfuerzo humano tiene en

proporciones diversas componentes manuales e intelectuales; y las regulaciones de ambos fueron unificándose y uniformándose.

En nuestro ordenamiento, la tendencia a suprimir las diferencias entre trabajadores predominantemente manuales -llamados obreros- y predominantemente intelectuales -llamados empleados-, tanto en su denominación como en su régimen, comenzó el siglo pasado en la década del setenta en el campo de la Seguridad Social y fue recogiendo en el ámbito laboral recién a inicios de la década del noventa. Ahora, con pocas excepciones, a veces justificadas (como una protección mayor frente a accidentes de trabajo o enfermedades profesionales para los trabajadores de actividad sobre todo manual), la regulación se encuentra bastante fusionada.

1.2.2 TRABAJO PRODUCTIVO

El trabajo -como ya vimos- es un esfuerzo dirigido a un fin. El sujeto al desplegar su actividad se propone lograr un objetivo. La finalidad perseguida puede ser una sola o varias, en este último caso combinadas entre sí de diversas maneras. Para estos efectos nos remitimos al cuadro adjunto. Pues bien, de todo ese conjunto, la única actividad excluida del ámbito del Derecho del Trabajo, es la que se lleva a cabo con fines puramente no económicos. Por ejemplo, las tareas de organización ejecutadas en un partido político por un militante de éste, como parte de sus responsabilidades, o la participación en grupos de vigilancia nocturna por los vecinos de una localidad en la que viven. Por cierto, esto no quiere decir que necesariamente en todas las demás interviene dicha área jurídica, ya que también podría hacerlo el Derecho Civil o el Derecho Mercantil. El primer tipo de trabajo es, pues, no productivo y el resto puede considerarse productivo.

El voluntariado, definido por la Ley General del Voluntariado, como: “*Labor o actividad realizada sin fines de lucro, en forma gratuita y sin vínculos ni responsabilidad contractual*” (artículo 2), es el típico trabajo no productivo. El agente, en este caso, podrá percibir ayuda en capacitación, alimentos, medicinas, infraestructura, etc. (artículo 12 de la citada ley), pero no una retribución.

El trabajo es productivo cuando se encamina a reportar un beneficio económico, de cualquier magnitud, a la persona que lo realiza. Dicho en otras palabras, quien cumple la labor espera obtener de ella un provecho económico, significativo o no, aunque también tenga otras aspiraciones. Veamos algunos ejemplos y detengámonos en los elementos de este concepto.

Antes, precisemos que el beneficio económico al que nos referimos va a consistir generalmente en dinero, entregado a cambio de servicios o bienes, pero podría también tratarse de cualquier objeto, siempre que sea valorizable económicamente. Pero no queda comprendido en aquél, lo que el sujeto produce para su propio consumo. Por ejemplo, las reparaciones de gasfitería o albañilería que una persona ejecuta en su domicilio.

Ahora sí vamos a los ejemplos. Si un grupo de médicos constituye una asociación civil, en cuyos estatutos se establece que el fin es el de prestar servicios profesionales gratuitos a una comunidad de personas indigentes, y cada médico se obliga a concurrir a un local dos veces por semana, tres horas en cada ocasión, para atender a los pacientes, su trabajo no sería productivo. Pero si con sus propios recursos contrataran una secretaria para que ordene las citas y lleve los archivos de la asociación civil, el trabajo de ésta sí sería productivo. Ella no es asociada, no está por consiguiente inmersa en el objetivo social, y tiene derecho a recibir una contraprestación económica por su labor.

Lo mismo sucedería en el hogar familiar, en el cual el desempeño de las tareas domésticas por padres e hijos, no constituiría un trabajo productivo, pero el de un cocinero o un chofer, sí.

Para que un trabajo sea calificado como productivo, el fin económico procurado por el sujeto que lo presta no tiene que ser el único, ni siquiera el principal, ni tampoco cuantioso. Basta que exista ese objetivo, cualquiera sea su proporción con los demás que comúnmente lo acompañarán. Un profesor universitario, que enseña porque le permite estar actualizado en su especialidad, le otorga prestigio en su medio profesional o tiene vocación de formación a la juventud, y percibe un ingreso magro por su labor, realiza un trabajo productivo.

Debemos tener en cuenta que el resultado esperado por el sujeto que realiza la tarea, podría no alcanzarse. Por ejemplo, si un campesino siembra maíz para después comerciar su producto, pero antes de la cosecha ocurre una inundación y los bienes se destruyen. O un pintor elabora un cuadro y cuando busca un comprador no lo encuentra. En cualquiera de esos casos, el trabajo sería productivo, porque para esos efectos no interesa tanto que el provecho económico se llegue a obtener, como que en condiciones normales se hubiera logrado. En otras palabras, que el trabajo sea susceptible de arrojar ese resultado.

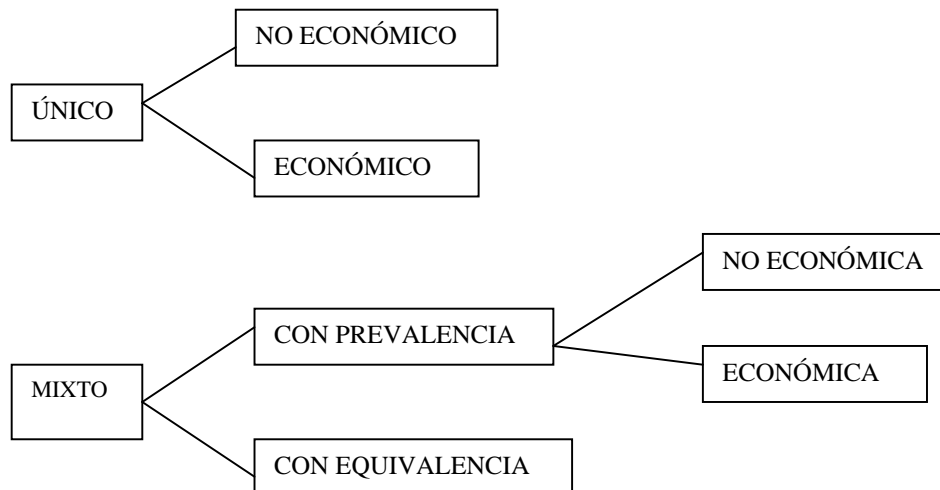
El beneficio económico del que nos ocupamos, debe ser individual y directo. Lo primero no desconoce que -como proclama la Constitución en su artículo 22- el trabajo es base del bienestar social a la vez que medio de

realización personal. Sólo que se toma como factor de medida la utilidad personal del trabajo, al margen de la social que suele también tener, aunque ésta no es indispensable para considerarlo productivo. Lo segundo, se refiere a que el provecho esté inmediatamente derivado de la acción ejecutada. De este modo, no sería trabajo productivo la prestación de un servicio, inicialmente no cobrado, por un profesional que busca hacerse conocido para después obtener una clientela, a la cual sí cobrarle.

Por último, el momento para calificar un trabajo como productivo o no es el del inicio de su ejecución: la actitud con la que el sujeto emprende su actividad. Pero, esa actitud podría tener originalmente un sentido y luego transformarse en otro. Por ejemplo, una labor comenzada por entretenimiento, podría convertirse en algún momento en económica. Este sería el caso de una persona aficionada a la repostería, que prepara postres para consumir u obsequiar, y luego decide venderlos.

De lo expuesto puede observarse que casi siempre una persona va a requerir desempeñar al menos una labor productiva para poder subsistir, salvo que tenga otras fuentes de ingreso (por ejemplo, utilidades por acciones en empresas en cuya gestión no interviene, o mantenimiento por un familiar). Pero casi siempre también, va a llevar a cabo otras labores no productivas.

FIN PERSEGUIDO POR EL SUJETO QUE TRABAJA



1.2.3 TRABAJO POR CUENTA AJENA

Un sujeto puede realizar un trabajo productivo por su iniciativa o hacerlo por encargo de un tercero. En el primer caso, aquél será el titular de los bienes o servicios producidos, de los que dispondrá después, comúnmente a cambio de dinero, mediante un contrato de compraventa. Estamos ante un trabajo por cuenta propia. En cambio, en el segundo caso, el tercero tendrá la titularidad de esos bienes o servicios, y le pagará por su producción al sujeto que los ha realizado, con el que está vinculado a través de un contrato de prestación de servicios. Su trabajo es por cuenta ajena.

Podemos distinguir entre ambos tipos de trabajo a partir de un ejemplo. Si un artesano que produce vajilla, ha hecho por su cuenta 100 piezas, para luego venderlas en su taller a cualquier comprador, su trabajo es por cuenta propia. Pero si conviene con un hotel la elaboración de esas piezas, con determinadas características y en determinado plazo, a cambio de cierta suma de dinero, su trabajo es por cuenta ajena.

Podría suceder que el artesano tuviera ya hechas 30 piezas de las que quería el hotel, y por tanto le haga falta elaborar las otras 70. En ese caso, su trabajo es por cuenta propia respecto del primer grupo y por cuenta ajena respecto del segundo. O que tuviera producida la vajilla, pero sin acabados (diseños y colores), los que elabora a gusto del adquirente. En el primer tramo su trabajo es por cuenta propia, y en el segundo, por cuenta ajena.

Por último, si el artesano condujera un taller en el que laboran dos operarios a su cargo, el trabajo de éstos para aquél será por cuenta ajena. Lo mismo ocurriría si no tuviera dependientes pero subcontratara con otros artesanos la elaboración desde sus respectivos talleres de una cantidad de las piezas en cuestión.

La doctrina considera trabajo por cuenta propia, por excepción, pese a haber pluralidad de sujetos, el que presta un individuo a determinados núcleos a los que pertenece. Este es el caso de la familia, de un lado, y de las cooperativas de trabajadores, del otro. En el primero, el trabajo desempeñado por padres e hijos en su hogar (que como vimos en el punto 1.2.2, no es productivo), no es prestado por unos a otros, sino por todos a la unidad familiar.

En las cooperativas de trabajadores, por mandato legal, todos los que trabajan son socios y todos los socios trabajan. Las dos condiciones, por tanto, se funden en una. No es posible perder una y mantener la otra. Esto distingue el caso anterior del de una empresa constituida como sociedad anónima, en la que se hubiera repartido acciones a todos los trabajadores. Estos serían, por consiguiente, socios y trabajadores a la vez,

pero ambas condiciones son perfectamente escindibles. El trabajo sigue siendo, pues, por cuenta ajena.

El trabajo que interesa al Derecho del Trabajo es únicamente el que se cumple por cuenta ajena. Pero la regulación de este sector no le corresponde en exclusiva al Derecho del Trabajo, aunque sí la del subsector compuesto por quienes se vinculan con el tercero en forma subordinada (como veremos en el punto 1.3.2). Los otros subsectores, integrados por sujetos que se desempeñan con autonomía, los regula el Derecho Civil o el Derecho Mercantil. Esta circunstancia ya excluye de partida del ordenamiento laboral en nuestro país, dada la estructura de la población económicamente activa, a alrededor del 60% de ésta, que se ocupa en labores por cuenta propia: campesinos, ambulantes, artesanos, etc.

1.2.4 TRABAJO LIBRE

El vínculo que se establece en el trabajo por cuenta ajena entre quien ofrece un servicio y quien lo requiere, puede tener su origen en un acuerdo de voluntades entre dichos sujetos o en la imposición derivada de una situación jurídica o fáctica. El primero es el trabajo libre y el segundo, el forzoso. El trabajo del que se ocupa el Derecho del Trabajo es, por cierto, el libre. Lo mismo el Derecho Civil o el Derecho Mercantil. El trabajo forzoso o está proscrito o está regulado por otras áreas jurídicas.

La libertad de trabajo consiste en el derecho de toda persona a decidir si trabaja o no, en qué actividad y para quién. Es, por consiguiente, contrario a ella, tanto obligar a un individuo a prestar un servicio, como impedirle desempeñarse en una actividad determinada. Está proclamada por nuestra Constitución (numeral 15 del artículo 2 y artículo 59) y por numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (numeral 1 del artículo 23), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (numeral 1 del artículo 6), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XIV) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (numeral 1 del artículo 6).

Tal como la hemos definido, la libertad de trabajo podría parecer incompatible con el deber de trabajar que establece la Constitución (artículo 22), así como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXXVII). Pero no es así, porque éste tiene manifestaciones morales y sociales, pero no constituye una obligación jurídicamente exigible. Si esto último sucediera, por ejemplo, a través de la dación de una ley que reprimiera la vagancia en sí -y no por las conductas antisociales que suelen acompañarla-, entonces surgiría una abierta vulneración de la libertad de trabajo. Así lo ha entendido la Organización Internacional del Trabajo, el pronunciarse sobre la cuestión.

La proclamación de la libertad de trabajo supone la prohibición del trabajo obligatorio. Este se encuentra expresamente vedado por nuestra Constitución (artículo 23) y por los instrumentos internacionales de derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [inciso a) del numeral 3 del artículo 8], la Convención Americana sobre Derechos Humanos (numeral 2 del artículo 6) y los Convenios Internacionales del Trabajo 29 (artículo 1) y 105 (artículo 1). En igual dirección va el Código Penal (numeral 2 del artículo 168). Habría que añadir a esta relación los numerosos preceptos que proscriben la esclavitud y la servidumbre, formas jurídicas que adoptó el trabajo forzoso por cuenta ajena a lo largo de la historia.

La cuestión es la de determinar cuándo estamos ante un trabajo obligatorio y, por tanto, abolido. Aquí debemos analizar básicamente tres situaciones: la del trabajador que requiere desempeñar una actividad para obtener de ella la retribución que le permita subsistir; la de quien se ha obligado en su contrato a prestar un servicio; y la de quien está compelido por la ley a cumplir un trabajo.

El Derecho del Trabajo no ignora que el trabajador no es sustancialmente libre al celebrar el contrato y establecer los derechos y obligaciones de las partes, porque no es tampoco materialmente igual al empleador. Este hecho es el que justifica la propia existencia del ordenamiento protector del contratante débil. Pero en este caso, adopta una perspectiva formal: le interesa que jurídicamente el trabajador pueda expresar su consentimiento, sin considerar que los condicionamientos económicos lleguen a viciarlo. En otras palabras, entiende que hay una falta de libertad real, para cuya subsanación instituye reglas de tutela al contratante desfavorecido, tras las cuales éste adquiere la igualdad y libertad jurídicas. No hay además otra opción, porque de no proceder así tendría que restringir su regulación a las relaciones laborales en las que ha podido verificar la presencia de una real y efectiva libertad, excluyendo a las demás, que pasarían a convertirse en relaciones laborales no surgidas de un contrato de trabajo (que conlleva un indispensable acuerdo de voluntades), y, por tanto, paradójicamente, privadas de tutela. Por ello, pese al contexto en el que se produce el acuerdo, se tiene al trabajo como libre.

Tampoco se entiende como forzoso el trabajo que el trabajador debe ejecutar en virtud del propio contrato. De éste nacen derechos y obligaciones para las partes y la principal obligación del trabajador es precisamente la de poner su actividad a disposición de su empleador. Esa es la razón de ser del contrato de trabajo. Sin embargo, si el trabajador no quiere cumplirla, el empleador puede sancionarlo, pero no puede compelerlo a trabajar. Lo mismo sucedería si se hubiera establecido un plazo de duración para la relación laboral –por ejemplo, mediante un contrato de trabajo sujeto a modalidad o un pacto de permanencia- y bastante antes de su vencimiento el trabajador decidiera ponerle fin,

causándole perjuicio al empleador. En ese caso, podría haber lugar al pago de una indemnización por responsabilidad derivada del incumplimiento contractual, pero no imposición de trabajo. La libertad de trabajo opera, pues, desde el nacimiento de la relación laboral en adelante, a lo largo de toda su vida.

La tercera situación propuesta (la imposición legal de trabajar) es la más compleja. Para esclarecerla, debemos ubicarnos en la definición de trabajo forzoso que ofrece el Convenio Internacional del Trabajo 29 (numeral 1 del artículo 2): todo trabajo para el cual un individuo no se ofrece voluntariamente y que se le exige bajo la amenaza de una pena cualquiera. Si aplicamos en rigor ese concepto a diversos supuestos en que ciertas personas en determinadas circunstancias deben prestar un servicio por mandato legal, estaremos ante formas de trabajo obligatorio. Por ejemplo, cuando se impone a un sujeto la realización del servicio militar obligatorio, o la participación en mesas durante los procesos electorales, o la ejecución de tareas cuando está recluido en un establecimiento penitenciario. Todas estas actividades colisionarían con la libertad de trabajo y estarían, por tanto, prohibidas.

Sin embargo, labores como las que hemos mencionado están autorizadas por el Convenio Internacional del Trabajo 29 (numeral 2 del artículo 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [incisos b) y c) del numeral 3 del artículo 8] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (numerales 2 y 3 del artículo 6): el servicio militar obligatorio, las obligaciones cívicas normales y el trabajo penitenciario. Sin duda, las organizaciones internacionales de derechos humanos consideran que hay tras ellas -siempre que se cumplan dentro de lo estrictamente permitido- valores superiores a la propia libertad de trabajo. Lo curioso es que en vez de calificarlas como formas de trabajo forzoso admitidas -como en el fondo son-, las han excluido expresamente del concepto de trabajo obligatorio, a fin de autorizarlas.

En nuestro ordenamiento, todas estas figuras están recogidas. La Ley del Servicio Militar prevé dos formas de prestación del servicio: en el activo y en la reserva (artículo 8). En la primera, cuya duración es de veinticuatro meses (artículo 45), la incorporación es voluntaria (artículos 6, 34 y 42). La segunda opera para instrucción y entrenamiento, así como en casos de movilización o compromiso de la seguridad nacional (artículo 52). El llamamiento conlleva obligación de concurrencia (artículo 55). En cuanto a las obligaciones cívicas, hemos mencionado -en vía de ejemplo- el caso de la designación para conformar una mesa de sufragio. La Ley Orgánica de Elecciones señala que el cargo de miembro de mesa es irrenunciable (artículo 58). La inasistencia de las personas seleccionadas o su negativa a desempeñar el cargo, acarrea la imposición de una multa equivalente al 5% de la UIT (artículos 250 y 251). Por último, para el Derecho Penal el trabajo cumple diversas funciones. De un lado, es uno de los tipos de pena limitativa de derechos, llamada prestación de servicios a la comunidad, que se realiza en entidades asistenciales, hospitalarias,

escuelas, orfanatos o similares, sin interferir con la jornada normal del trabajo habitual del condenado (artículos 28, 31 y 34 del Código Penal, artículos 119 y siguientes del Código de Ejecución Penal y artículos 248 y siguientes de su Reglamento). Del otro, es concebido como un derecho y un deber del interno, que se cumple de manera voluntaria y contribuye a su rehabilitación; y como un mecanismo de redención de la pena, a razón de un día de pena por dos días de labor efectiva (artículos 44, 45 y 65 del Código de Ejecución Penal y artículos 102 y siguientes, 174 y siguientes, y 248 de su Reglamento).

Para terminar, no podemos dejar de mencionar que lamentablemente en nuestro país y otros lugares del mundo, sobre todo en zonas rurales, la abolición del trabajo forzoso no se ha hecho aún plenamente efectiva. Subsisten formas de trabajo compulsivo, en perjuicio especialmente de la población infantil, que reclaman una firme intervención del Estado para ponerles fin.

1.2.5 TRABAJO SUBORDINADO

En el trabajo por cuenta ajena (como ya vimos en el punto 1.2.3), dos individuos tienen entre sí un vínculo jurídico previo a la elaboración del producto, que hace titular de éste al tercero. Pues bien, ese vínculo puede ser subordinado o autónomo, según la posición de uno de los sujetos respecto del otro. El primero, le permite al acreedor de trabajo dirigir la prestación del deudor; en el segundo, en cambio, este último dirige su propia prestación. El concepto de subordinación y sus límites, lo vamos a tratar con más detenimiento en el punto 1.3.2.

Históricamente este criterio (tipo de vínculo) -como ha puesto de manifiesto Sanguineti Raymond (2000: 35 y ss.)- ha corrido parejo con otros dos, al configurar los diversos tipos contractuales que han regulado el trabajo libre por cuenta ajena: el contenido de la promesa de trabajo y la asunción del riesgo del trabajo.

El primero se refiere a la obligación que adquiere el deudor de trabajo frente al acreedor, y puede ser de actividad o de resultado, según se comprometa a desplegar su energía laboral o a entregar un producto. La segunda, alude al sujeto sobre el que recae la responsabilidad ante el incumplimiento del fin esperado por el acreedor de trabajo. La combinación de estos tres criterios se ha producido de la manera resumida en el cuadro adjunto.

De este modo, en el antiguo derecho romano, que fue retomado por el derecho francés en el siglo XIX, existían sólo dos figuras contractuales para regular la prestación de servicios por cuenta ajena. En la primera de ellas (*locatio conductio operarum* / arrendamiento de servicios), el deudor de trabajo pone su actividad a disposición del acreedor, quien a cambio de poder dirigirla le paga una retribución, a la que aquél tiene derecho aun

cuando no se llegue al resultado perseguido por éste. En la segunda (*locatio conductio operis* / arrendamiento de obra), el deudor de trabajo ofrece un resultado, para cuyo logro conserva la conducción de su actividad, a cambio del cual percibe una retribución, que sólo puede exigir si aquél llega a hacerse efectivo.

El primer tipo contractual sería el que vincula al carpintero conductor de un taller, con los operarios que laboran en él sujetos a sus instrucciones; y el segundo, el existente entre ese carpintero y la Universidad que le encarga la producción de 50 carpetas para equipar un aula de clases, las que van a fabricarse en dicho taller. O, respectivamente, el de un médico con la empresa a la que se integra para atender durante su jornada de trabajo, a los obreros que aquélla le indique; y el del médico que desde su consultorio recibe a los pacientes que solicitan su servicio.

Justamente a propósito de los servicios prestados por profesionales liberales (trabajadores por cuenta ajena autónomos, como el segundo médico del último ejemplo), la doctrina alemana consideró que ellos no celebraban contratos de arrendamiento de obra, como establecía la legislación francesa, porque si bien el tipo de vínculo jurídico era autónomo, el contenido de la promesa de trabajo no era un resultado sino la actividad. Y diseñó una nueva figura contractual, llamada prestación de servicios no dependientes, que introdujo una variante en el esquema del derecho romano y del derecho francés: es posible ofrecer la actividad y conservar la autonomía.

El punto de discrepancia franco-alemana se encuentra en el concepto de resultado. Para la tesis francesa es la labor idónea para arribar al fin último perseguido por el acreedor de trabajo: por ejemplo, la diligencia profesional esperable de un abogado que asume el patrocinio de una persona en un proceso, pero no la obtención de una sentencia favorable a su cliente. Y, por eso, considera que puede ser objeto del contrato. Para la tesis alemana, en cambio, el resultado es aquel fin último al que aludimos antes y, por tanto, ajeno al contrato. Lo que es materia de éste, entonces, es la actividad del deudor de trabajo, que se plasma en la labor idónea que hemos mencionado.

Si retomamos los ejemplos que pusimos antes, del carpintero y del médico, entre los dependientes que laboran en el taller y el carpintero que lo conduce, o entre el médico y la empresa a la que se incorpora, habría sendos contratos de trabajo, tanto para el derecho francés como para el alemán; entre el carpintero y la Universidad que le encarga las carpetas, un contrato de obra, para ambos ordenamientos; pero respecto del vínculo entre el médico y los pacientes que acuden a su consultorio, habría desacuerdo: un contrato de obra para el derecho francés y uno de locación de servicios para el alemán. Este último sería el nexo típico que relaciona a un profesional liberal con sus clientes, por ejemplo, cuando se le pide un diagnóstico y un tratamiento a un médico, o una opinión sobre determinada situación jurídica a un abogado. El riesgo del trabajo le corresponde al

acreedor, quien debe retribuir el servicio aunque no sea enteramente satisfactorio, excepto cuando el deudor incurra en dolo o culpa inexcusable, supuesto en el cual podría accionar contra él por los daños y perjuicios.

Ahora bien, todos los tipos contractuales de que nos hemos ocupado han formado parte del Derecho Civil. Por este motivo se han sometido a sus valores de igualdad y libertad de los contratantes, que les han permitido establecer los derechos y obligaciones que les corresponden. El problema se presentó cuando se aplicaron dichos valores a relaciones en las cuales la disparidad era manifiesta, como la existente entre los sujetos que ofrecían su actividad subordinada y quienes la dirigían. La cuestión no fue tan grave en los tiempos del derecho romano e incluso en las primeras décadas de aplicación del Código Civil francés de 1804, porque la población que realizaba un trabajo por cuenta ajena y libre era reducida, respecto de quienes se encontraban bajo la esclavitud o la servidumbre.

Pero con la Revolución Industrial la situación se modificó radicalmente. Las grandes unidades productivas sustituyeron a las pequeñas, aglutinando a muchos trabajadores. La utilización del contrato de arrendamiento de servicios empezó a masificarse. Allí se puso en evidencia que la inserción de esa figura en el Derecho Civil, conducía a la regulación de la relación laboral individual por la voluntad unilateral del acreedor de trabajo y, por tanto, al establecimiento de condiciones deplorables, en cuestión de duración de la jornada de trabajo, monto de la remuneración, seguridad e higiene en el trabajo, entre otras. Hacía falta, pues, sustraer ese tipo contractual del Derecho Civil y construir un ordenamiento inspirado en valores distintos, que reconociera el contexto de celebración del acuerdo y tutelara al contratante débil. Así el contrato de arrendamiento de servicios se transformó en contrato de trabajo y surgió el Derecho del Trabajo para regular todas las relaciones derivadas de aquél.

Reparemos en que los criterios de contenido de la promesa de trabajo, tipo de vínculo jurídico y asunción del riesgo del trabajo, son idénticos en ambos tipos contractuales: prestación de actividad subordinada y remunerada, con riesgo en el acreedor de trabajo. La razón de la transformación a que hemos aludido, no se encuentra, pues, en el cambio de alguno de ellos, sino en que a partir de los fenómenos que acompañaron a la industrialización, la pertenencia del contrato de arrendamiento de servicios al Derecho Civil llevaba a un régimen de dramática explotación de la mano de obra. Esta suscitó reacciones adversas en diferentes sectores, especialmente entre los propios trabajadores, que se organizaron en sindicatos (aunque la ley lo prohibía), y obtuvieron la intervención del Estado para controlar esa situación.

En el derecho moderno, el trabajo por cuenta ajena se regula básicamente por tres tipos contractuales en los ordenamientos que se inscriben en la línea del derecho alemán (como es el caso del nuestro, desde la dación del Código Civil de 1984): contrato de trabajo, de un lado,

y de locación de servicios y de obra, del otro; y por sólo dos en los que siguen la ruta del derecho francés: el primero y el tercero de los mencionados, pero no el segundo. El contrato de trabajo está - como es obvio- regulado por el Derecho del Trabajo, y los otros dos, por el Derecho Civil. Hay otras figuras de prestación de servicios propias del Derecho Mercantil: agencia, comisión y corretaje, que no están reguladas sistemáticamente por nuestro ordenamiento. En el punto 1.3 tendremos oportunidad de contrastar estos tipos contractuales, a partir del análisis de los elementos esenciales de la relación laboral.

EVOLUCION DEL TRABAJO LIBRE POR CUENTA AJENA

FACTORES			ORDENAMIENTO			
CONTENIDO DE LA PROMESA DE TRABAJO	TIPO DE VINCULO JURIDICO	ASUNCION DEL RIESGO DEL TRABAJO	DERECHO ROMANO	DERECHO FRANCES	DERECHO ALEMAN	DERECHO MODERNO
ACTIVIDAD	SUBORDINACION	ACREEDOR	CONTRATO <i>LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM</i>	CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS	CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS	CONTRATO DE TRABAJO
ACTIVIDAD	AUTONOMIA	ACREEDOR			CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS NO DEPENDIENTES	CONTRATO DE LOCACION DE SERVICIOS
RESULTADO	AUTONOMIA	DEUDOR	CONTRATO <i>LOCATIO CONDUCTIO OPERIS</i>	CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA	CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA	CONTRATO DE OBRA

1.3. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RELACION LABORAL

1.3.1. PRESTACION PERSONAL

La actividad cuya utilización es objeto del contrato de trabajo, es la específica de un trabajador determinado. De aquí deriva, en primer lugar, que el trabajador es siempre una persona natural, a diferencia del empleador, en que puede desempeñarse como tal una persona natural (como en el hogar o los pequeños negocios) o jurídica, adoptando cualquier forma asociativa, lucrativa o no. También distingue al trabajador de los deudores de trabajo en los contratos de locación de servicios y de obra, llamados locador y contratista, respectivamente, que pueden ser personas naturales o jurídicas: por ejemplo, un bufete profesional o una empresa constructora.

Y deriva, además, que esa persona concreta debe ejecutar la prestación comprometida, sin asistirse por dependientes a su cargo, ni -menos aún- transferirla en todo o en parte a un tercero. Así lo establece la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 5, que sólo admite por excepción, reservada a ciertos supuestos, la colaboración de familiares directos dependientes. De este modo, la tarea asignada por el empleador la cumple el trabajador solo o con los colaboradores o asistentes que aquél le designe. La relación se desnaturaliza si el trabajador puede contratar por su cuenta a sujetos que lo apoyen o lo reemplacen en su obligación. Aquí encontramos nuevamente diferencias cruciales con los contratos de locación de servicios y de obra. En el primero, la prestación del deudor es, en principio, personal, pero el locador puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos, en ciertas condiciones (artículo 1766 del Código Civil). La prestación personal del deudor de trabajo no es, pues, esencial en este contrato. Lo mismo ocurre y aun más radicalmente en el contrato de obra. En éste, el contratista puede subcontratar la realización de la obra, parcial o íntegramente, en este último caso con autorización del comitente (artículo 1772 del Código Civil).

En los contratos mercantiles, el agente, el comisionista o el corredor -que son las denominaciones que adoptan los deudores de trabajo- podrían ser personas naturales o jurídicas y contar con auxiliares o sustitutos a su cargo. En ellos, por tanto, la prestación personal del servicio tampoco es un elemento esencial.

De lo expuesto se desprende que si el trabajador se incapacita para el cumplimiento de su actividad, de manera temporal o definitiva, o fallece, la relación laboral se suspende o se extingue, según los casos (artículos 12 y 16 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral). En esas hipótesis u otras en las que la prestación del trabajador cesa, como, por ejemplo, durante el descanso vacacional, quien fuera contratado para sustituirlo (contrato de suplencia según el artículo 61 de

la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), tendrá una relación laboral nueva y distinta.

En cambio, la situación del empleador es diferente. Si es persona natural, las reglas son similares a las expuestas. La Ley de Productividad y Competitividad Laboral prevé la extinción del vínculo laboral por fallecimiento del empleador, cuando es persona natural (artículo 16). Y luego, en el artículo siguiente, se pone en el supuesto de que se trate de un negocio y los herederos decidan liquidarlo. En tal caso, la relación laboral se extiende hasta la verificación de ese objetivo. Pero no se plantea la posibilidad de que esos herederos decidan que el negocio prosiga indefinidamente, o que no sea un negocio sino el hogar familiar, en el que subsistan personas adultas, o que no estemos ante un fallecimiento sino ante un traspaso del negocio entre vivos. En estos casos, en virtud del principio de continuidad de la relación laboral, ésta debe prorrogarse.

En esta misma dirección va la solución que debe darse al supuesto de que el empleador sea una persona jurídica: si se disuelve y liquida ésta, las relaciones laborales se extinguen, previo procedimiento administrativo [inciso c) del artículo 46 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral]; pero si se transfiere a otros propietarios o se fusiona con otra empresa -por incorporación o por absorción, que son las modalidades previstas en el artículo 344 de la Ley General de Sociedades- o se escinde en dos o más unidades, en atención al mismo principio mencionado, los vínculos laborales prosiguen.

1.3.2. SUBORDINACION

La subordinación es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto. La subordinación es propia del contrato de trabajo (artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), ya que en las prestaciones de servicios reguladas por el Derecho Civil o Mercantil, existe autonomía (en los contratos de locación de servicios y de obra, según los artículos 1764 y 1771 del Código Civil, respectivamente).

El poder de dirección que el empleador adquiere a partir del contrato de trabajo, se plasma en algunas atribuciones y se somete a ciertos límites, como veremos a continuación.

En lo que se refiere al contenido del poder de dirección, según la doctrina éste le permite al empleador dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador. De modo similar define la subordinación la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 9. El empleador puede, pues, impartir instrucciones, tanto de forma genérica, mediante reglas válidas para toda o parte de la empresa (incorporadas comúnmente

al reglamento interno de trabajo, al que nos referiremos en el punto 2.3.5), como de forma específica, destinadas a un trabajador concreto; verificar si se cumplen adecuadamente o no; y, en caso de constatar su inobservancia imputable al trabajador, sancionarlo por ello.

Al desempeñar su poder de dirección el empleador debe moverse dentro de determinados marcos, fuera de los cuales incurre en ejercicio irregular de su derecho. El trabajador le ha puesto a disposición su actividad, no su propia persona, razón por la cual las atribuciones del empleador deben ceñirse a la utilización de dicha actividad, dentro de los límites del ordenamiento laboral, sin afectar los derechos fundamentales del trabajador.

El primer tipo de límite se refiere a la labor para cuya ejecución se ha celebrado el contrato de trabajo, así como al tiempo y al lugar en que debe prestarse. El trabajador no está al servicio del empleador para cumplir cualquier actividad, durante todo el día y todos los días y en el sitio que a éste le parezca. Si se ha convenido una labor a desempeñar de modo genérico, por ejemplo, limpieza, el empleador podría hacer cambios dentro de ella (de limpieza de talleres a almacenes) o con otras tareas equivalentes en categoría; pero si se ha pactado de modo específico, por ejemplo, jardinería, ya no cabría el traslado a otra. El tiempo y el lugar de trabajo, salvo que se hubieran acordado expresamente, admiten modificaciones razonables por el empleador.

Esto significa que el poder del empleador de dirigir y el deber del trabajador de acatar, se restringen a los factores señalados. Sin embargo, no cesan todas las obligaciones de un sujeto frente al otro, cuando la relación laboral se interrumpe. Por ejemplo, el trabajador no podría ni siquiera en estos períodos proceder de una manera que lesionara la reanudación de la relación laboral, como ocurriría si durante sus vacaciones realizara por su cuenta la misma actividad que cumple en la empresa, atrayéndose a la clientela de ésta (competencia desleal), o fuera de la jornada y del centro de trabajo ocasionara deliberadamente daños materiales al automóvil del gerente de la empresa, en represalia por una sanción impuesta por éste (hecho derivado de la relación laboral). En ambos casos incurriría en faltas de conducta.

El segundo tipo de límite comprende los derechos fundamentales del trabajador, que el empleador está obligado a respetar. Las órdenes impartidas no pueden vulnerar el derecho del trabajador a la vida, a la salud, a la dignidad, a la libertad, etc. De este modo, sería manifiestamente arbitrario exigirle al trabajador la realización de una tarea que ponga en peligro su integridad física o moral, como operar sofisticados equipos eléctricos a quien no cuenta con la preparación o los implementos para hacerlo. Pero también lo sería no otorgarle ninguna labor, lo que provoca humillación y descalificación. En este último caso se faltaría al derecho que tiene el trabajador a la ocupación efectiva.

El problema principal que se presenta cuando el empleador ejerce irregularmente su poder de dirección, es el de determinar la actitud que puede asumir el trabajador: cumplir la orden y después reclamar ante un organismo jurisdiccional, o resistirse a ejecutarla. La cuestión es controvertida en la doctrina, porque entran en juego valores diversos. Creemos que debe admitirse el derecho de resistencia del trabajador frente a las órdenes arbitrarias del empleador, siempre que éstas afecten los derechos fundamentales del primero; y, en los demás casos, el cumplimiento y eventual impugnación posterior. Sin perjuicio de ello, la Ley General de Inspección del Trabajo faculta a los inspectores para: *“Ordenar la paralización o prohibición inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores”* [inciso 6) del numeral 5 del artículo 5], medida que se encuentra precisada por el artículo 21 del reglamento correspondiente.

Para concluir, queremos resaltar que la subordinación conlleva un poder jurídico. Por tratarse de un poder, su ejercicio no es obligatorio para quien lo detenta. El empleador puede decidir si lo ejerce o no y en qué grado, según las necesidades de la empresa y la diversidad de trabajadores. Por ejemplo, los trabajadores menos calificados o de una sección neurálgica podrían estar sometidos a un control mayor.

Pero además ese poder es jurídico. Interesa para configurarlo, la ubicación de una de las partes de la relación laboral frente a la otra, no la situación socioeconómica ni la preparación técnica de aquéllas. Así, el trabajador está subordinado porque le cede al empleador la atribución de organizar y encaminar su prestación, al margen de que necesite o no de la remuneración que percibe para subsistir o de su nivel de calificación. Estos dos últimos conceptos, conocidos como dependencia económica y dirección técnica, respectivamente, suelen acompañar a la subordinación, incluso constituyen fundamentos de la intervención protectora del Estado en las relaciones laborales, pero no son elementos esenciales del contrato de trabajo. A lo más, pueden servir como indicios de la existencia de éste en supuestos oscuros.

1.3.3. REMUNERACION

Tanto el contrato de trabajo como los de locación de servicios y de obra, de un lado, y los de agencia, comisión y corretaje, del otro, se ocupan de trabajos productivos por cuenta ajena. Esto quiere decir que el deudor ofrece su trabajo a un tercero, quien es el titular de lo que éste produce, a cambio del pago de una retribución. Este es, pues, un elemento esencial en los seis contratos. Así lo precisa el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, respecto del contrato de trabajo, y los artículos 1764 y 1771 del Código Civil, respecto de los de locación de servicios y de obra.

La retribución otorgada en el contrato de trabajo se denomina remuneración. Nuestro ordenamiento laboral considera como tal al íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, siempre que sea de su libre disposición (artículo 6 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral). De esta definición, nos interesa resaltar dos aspectos: el carácter contraprestativo y los bienes en que se materializa.

La remuneración tiene carácter contraprestativo, pero no se agota en éste. En otras palabras, es el pago que corresponde al trabajador por la puesta a disposición de su actividad. Recordemos que el riesgo del trabajo lo asume el empleador, según vimos en el punto 1.2.5, de modo que depende de éste utilizar o no y cuánto y cómo esa actividad, pues tiene el poder para hacerlo. Pero es más que contraprestación, ya que la inactividad temporal del trabajador originada en ciertas causas, no conlleva la suspensión de la remuneración. Este es el caso, por ejemplo, del descanso vacacional o de la licencia por enfermedad, en que opera lo que la doctrina y nuestra legislación llama una suspensión imperfecta de la relación laboral, en la que la interrupción de la prestación de trabajo no acarrea la de pago (artículo 11 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral)). Asimismo, la mayor remuneración que se otorga en ciertas situaciones, como las fiestas patrias o navideñas, conocida como gratificación, tampoco tiene una explicación contraprestativa. La retribución que se percibe en estos supuestos se fundamenta en valores superiores, como la defensa de la vida y de la salud del trabajador, y configura el denominado salario social.

El pago puede hacerse en dinero o en especie. El precepto citado no establece pautas acerca de esto, por ejemplo, la proporción que debe hacerse efectiva en dinero o el tipo de bienes en que puede realizarse el pago. Pero sí señala que la remuneración es de libre disposición, razón por la cual concluimos que el bien predominante debe ser el dinero y tratándose de otros objetos, se aceptan si sirven para el consumo del trabajador o éste puede venderlos sin dificultad en el mercado, a un precio equivalente a la suma adeudada. Estos criterios fluyen de Convenio Internacional del Trabajo 95 -no ratificado por el Perú y, por tanto, con valor de Recomendación entre nosotros- según el cual el pago debe hacerse fundamentalmente en dinero, a través de moneda de curso legal, aunque puede admitirse en cheque u otra modalidad (como el depósito en cuenta bancaria), y sólo parcialmente en especie, con bienes apropiados al uso personal del trabajador y su familia, a los que se les atribuya un valor justo y razonable, y que no consistan en bebidas espirituosas o drogas nocivas (artículos 3 y 4).

La Ley de Prestaciones Alimentarias permite a las partes de la relación laboral pactar en forma individual o colectiva que hasta el 20% de la remuneración se suministre en alimentos.

La unidad de cálculo de la remuneración está constituida, comúnmente, en función del tiempo en que el trabajador está a

disposición del empleador, medido en días y horas. Pero a veces se pacta -parcialmente- en función del rendimiento del trabajador: piezas producidas, ventas efectuadas. Este es el caso de los destajeros y los comisionistas. Lo que ellos prometen, como cualquier trabajador, es su actividad y no un resultado, sino que el exceso sobre un monto básico se les paga en relación a éste. El riesgo del trabajo sigue siendo asumido por el empleador.

Por último, queremos resaltar que la remuneración indispensable para la existencia de un vínculo laboral es la debida y no la efectiva. En otras palabras, si de la configuración de la relación fluye que el deudor de trabajo tiene derecho a percibirla, aun cuando no la obtenga en los hechos, se satisface este requisito.

1.4. PRIMACIA DE LA REALIDAD

El ordenamiento laboral está compuesto básicamente por normas imperativas que otorgan beneficios a los trabajadores. Por ello, existe un constante riesgo de que el empleador intente evitar su cumplimiento, con o sin la concurrencia de la voluntad formal del trabajador, que a estos efectos es irrelevante. El acto unilateral del empleador que transgreda una norma imperativa, es inválido, por cuanto no cabe proceder de ese modo contra disposiciones de esa naturaleza, según lo establece el artículo V del Título Preliminar del Código Civil; y el acto bilateral, lo es, además, por contrariar el principio de irrenunciabilidad de derechos, que abordaremos en el punto 4.1.1.1.

Pero unas veces el incumplimiento de las normas es directo y otras, es indirecto. El primero se presenta, por ejemplo, en el caso de la omisión de pago por el empleador de la remuneración que le corresponde al trabajador por vacaciones. El segundo supone, en cambio, un ocultamiento de la vulneración. Se califica a una situación o relación jurídica de un modo que no guarda conformidad con su naturaleza, provocando el sometimiento a un régimen jurídico que no es el pertinente. Esta es la hipótesis que nos interesa abordar ahora.

Ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil enuncia que las cosas son lo que determina su naturaleza y no su denominación. Sobre esta base, el Derecho del Trabajo ha construido el llamado principio de la primacía de la realidad. En términos similares está formulado por nuestro ordenamiento: *“en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados”* (numeral 2 del artículo 2 de la Ley General de Inspección del Trabajo).

Esto no quiere decir, en el caso de los acuerdos entre las partes, que la declaración efectuada por ellas no tenga importancia. Por el contrario, el ordenamiento presume su conformidad con la voluntad real. Así lo establece

nuestro Código Civil en su artículo 1361. Pero se permite desvirtuar la presunción, si puede demostrarse la disconformidad entre una y otra.

El principio de la primacía de la realidad opera en situaciones como las siguientes. Si las partes fingen la celebración de un contrato de trabajo y la constitución de una relación laboral, para engañar a terceros, como las entidades aseguradoras, y obtener de ellos ventajas indebidas en materia de Seguridad Social. Asimismo, cuando los sujetos llaman a su contrato como de locación de servicios, pese a que en la relación subsiguiente el supuesto comitente ejerce un poder de dirección sobre el aparente locador. También, si se celebra un contrato de trabajo de duración determinada, que esconde una prestación de servicios por tiempo indefinido. Aquí se produce lo que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 77, denomina una desnaturalización del contrato temporal. Igual ocurre cuando el empleador califica a un trabajador como de confianza, pese a que su labor no encuadra en las características propias de dichos cargos, que prevé el artículo 43 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Por último, estamos ante un caso similar, si el trabajador figura inscrito en la planilla de una empresa de servicios, que no es sino una ficción para permitir que la empresa usuaria se descargue de responsabilidades.

En todos los casos mencionados en vía de ejemplos, el juez debe hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia y considerar el acto de encubrimiento como inválido. Este es el efecto derivado de tal situación, aun cuando en ocasiones el trabajador participe del engaño y se beneficie de él. Lo común, sin embargo, es que la elaboración del disfraz de la verdad se materialice con la intervención de la voluntad formal del trabajador, aunque la real sea contraria (y, por ello, denuncia luego el hecho) o que se forme con la voluntad única del empleador, y que aquél le cause perjuicio al trabajador.

El principio de la primacía de la realidad cubre en el Derecho del Trabajo un campo más amplio que el abarcado en el Derecho Civil por la institución de la simulación, aunque conduce al mismo resultado que ésta: la invalidez del acto transgresor. Decimos que su espacio es mayor, por cuanto la aplicación de esta última, conlleva la presencia de ciertos requisitos de compleja configuración en la casuística laboral. Esto, por supuesto, no le niega vigencia en el ámbito laboral.

La simulación supone una divergencia consciente entre la declaración y la voluntad, llevada a cabo mediante acuerdo entre las partes de un negocio, con propósito de engaño a terceros, persiguiendo un fin lícito o ilícito. Puede ser de dos tipos: absoluta y relativa. En la primera, las partes aparentan la constitución de un vínculo entre ellas, allí donde no existe ninguno (artículo 190 del Código Civil). En la segunda, hay un vínculo disimulado tras la imagen de otro simulado, de naturaleza distinta o en el que se hace constar la participación de sujetos o se consigna datos falsos (artículos 191 y 192 del Código Civil). Los dos primeros ejemplos que pusimos antes (el del fingimiento de la existencia de una relación inexistente y del ocultamiento de una relación bajo la apariencia de otra), serían supuestos de simulación absoluta y relativa, respectivamente. La consecuencia de la simulación absoluta es la declaración de invalidez del vínculo

falso, y la de la simulación relativa, la del elemento falso, acogiéndose en sustitución el verdadero, siempre que sea lícito.

Institución diferente, en la que no existe falsedad sino ilicitud, pero que puede aproximarse al fenómeno que venimos trabajando, es el fraude a la ley. Este consiste en eludir la regulación de la ley aplicable al hecho (ley defraudada), amparándose en una ley en estricto no aplicable a él (ley de cobertura). No interesa la intención del agente. Si una ley imperativa prohíbe llegar a determinado fin mediante un negocio, entonces tampoco puede alcanzarse aquél a través de otro negocio. Se hace una interpretación extensiva de la ley defraudada -si ello es admisible-, para comprender en ésta al acto indebidamente excluido; y, en cambio, la ley de cobertura es interpretada en sentido estricto. El efecto es el de regir al acto por la ley defraudada.

Puede lograrse el fraude a la ley utilizando diversas vías, una de las cuales es la simulación. Habría concurrencia de ambas instituciones si el negocio en fraude fuera el oculto.

1.5. CONTRATO TÍPICO Y CONTRATOS ATÍPICOS

Los elementos esenciales (que hemos analizado en el punto 1.3), no pueden faltar en un contrato de trabajo y nos permiten distinguirlo de otro de naturaleza civil o mercantil. Pero hay otros rasgos, llamados por la doctrina típicos, cuya presencia es frecuente aunque no indispensable, y hacen posible diferenciar entre unos contratos de trabajo y otros de la misma naturaleza. Dichos rasgos suelen favorecerse por los ordenamientos, porque -de un lado- producen mayor certeza sobre la existencia de un vínculo laboral, especialmente en supuestos de oscuridad, y -del otro- conllevan para el trabajador el más pleno disfrute de los beneficios que las normas laborales establecen.

El papel que los rasgos típicos desempeñan, pues, es el de servir como indicios de laboralidad de una relación o como requisitos para el disfrute de determinados derechos. En virtud de su primera función, pueden contribuir a calificar una relación como laboral, cuando alguno de los elementos esenciales (en especial, la subordinación) no está plenamente acreditado. Gracias a la segunda, la percepción de ciertos beneficios puede estar supeditada al cumplimiento de determinado elemento típico. Vamos a ocuparnos de estas funciones a propósito del análisis de cada rasgo típico, que realizamos a continuación.

Antes, debemos señalar que los criterios de tipicidad son básicamente, los siguientes: duración de la relación laboral, duración de la jornada de trabajo, número de empleos y lugar de trabajo. Atendiendo a estos criterios, el contrato típico es el que se presta con duración indeterminada, tiempo completo, para un solo empleador y en el propio centro de trabajo. Y los atípicos se dan cuando uno o más de dichos rasgos está ausente.

La relación que nace de un contrato de trabajo, puede ser -en cuanto a su duración- indefinida o determinada. Los ordenamientos en los que opera la estabilidad laboral, suelen adoptarla no sólo en su regla de salida (prohibición

del despido injustificado) sino también en la de entrada (preferencia por la contratación de duración permanente sobre la temporal).

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral ha recogido ambas reglas. En lo que toca a la segunda -lo que nos interesa ahora-, lo ha hecho a través de la presunción de que toda relación laboral es de duración indefinida, admitiendo prueba en contrario (artículo 4), así como del establecimiento de requisitos para la validez de los contratos sujetos a modalidad: existencia de causa objetiva, forma escrita, verificación administrativa, duración máxima, prohibición de recontractación de trabajadores permanentes como temporales, etc. (artículos 53, 72, 73, 74 y 78). De vulnerarse las reglas establecidas en la norma, el contrato de duración determinada se tiene como uno de duración indefinida (artículo 77). En todo caso, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral reconoce a los trabajadores temporales los mismos derechos que a los permanentes (artículo 79).

Tenemos entonces, respecto de este criterio en nuestro ordenamiento laboral, un contrato típico: el de duración indefinida, y otro atípico: el de duración temporal. Sin embargo, la regla no es muy sólida, porque la Ley de Productividad y Competitividad Laboral le establece numerosas excepciones, muchas de ellas mal perfiladas, autoriza plazos excesivos para los contratos temporales y no se ejerce sobre ellos ningún control público efectivo.

La jornada de trabajo puede ser de tiempo completo, cuyo máximo permitido por nuestra Constitución es de 8 horas diarias o 48 semanales (artículo 25), o de tiempo parcial, por una cifra inferior a la ordinaria en la empresa.

Nuestro ordenamiento laboral acepta ilimitadamente la celebración de contratos a tiempo parcial, exigiendo sólo la forma escrita y el registro administrativo (artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y artículo 13 del Decreto Supremo 1-96-TR, Reglamento de su antecesora: la Ley de Fomento del Empleo). De este modo, no tenemos en materia de duración de la jornada -como sí la había en la Ley 24514 en este tema, y la hay en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en cuanto a la duración de la relación, como acabamos de ver- una regla y una excepción, sino dos modalidades equivalentes: tiempo completo o tiempo parcial. En rigor, no estamos ante un elemento típico en nuestro medio, dada esta situación.

Si la jornada de trabajo no llega a las cuatro horas diarias, el trabajador no percibe algunos derechos individuales muy importantes, como la estabilidad laboral en su regla de salida (artículo 22 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), la compensación por tiempo de servicios (artículo 4 de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios) y las vacaciones [inciso a) del artículo 12 de la Ley sobre Descansos Remunerados, que a estos efectos entra en conflicto con el Convenio Internacional del Trabajo 52, aprobado y ratificado por el Perú, que no prevé tal exclusión]. En todos los demás derechos, debe considerárseles comprendidos (artículo 11 del Decreto Supremo 1-96-TR).

Los otros rasgos típicos que -como ya dijimos- son la labor para un solo empleador y la actividad cumplida en el centro de trabajo, no son considerados

en nuestro ordenamiento, en principio, como requisitos para el acceso a ningún beneficio laboral. En otras palabras, un trabajador puede carecer de exclusividad, prestando sus servicios a varios empleadores (lo que ocurrirá frecuentemente en el caso de los que desempeñan actividades a tiempo parcial), o hacerlo fuera del centro del trabajo, en la calle, en su domicilio o desplazándose de un lugar a otro, sin que ello afecte la percepción de sus derechos laborales.

Lo cierto es que, más allá de que el ordenamiento laboral no los margine de algunos derechos, los trabajadores atípicos comúnmente se autoexcluyen, por su situación de especial debilidad, configurándose un empleo precario en su caso.

1.6. REGIMEN LABORAL PRIVADO Y PUBLICO

Cuando concurren los tres elementos que hemos analizado antes (en el punto 1.3), estamos ante una relación laboral. Hasta qué punto la naturaleza jurídica del empleador, pública o privada, es un factor relevante para la calificación de un vínculo como laboral, es una cuestión que ha experimentado una interesante evolución entre nosotros, en la que se puede identificar tres fases.

En la primera, se consideró como una relación laboral sólo la que se establecía en la actividad privada, y se asignó al Derecho Administrativo la que se daba entre el trabajador público (tanto el funcionario, que tiene poder de decisión, como el empleado común) y el Estado. Esta es la etapa en la que se adoptó la tesis unilateralista del empleo público, según la cual la relación surgía de la voluntad unilateral de la Administración, a través del nombramiento, estableciéndose por ley los derechos y obligaciones de las partes, sin margen para la negociación. La Ley 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, de 1950, se inscribe claramente en esta línea. La regulación de los derechos de los trabajadores públicos resultaba más ventajosa en aspectos individuales, campo en el que se reconocía la estabilidad laboral (mucho antes que en el sector privado), pero muy desfavorable en aspectos colectivos, donde los derechos básicos estaban expresamente prohibidos.

En la segunda fase, cuyos hitos normativos están conformados por la Constitución de 1979 y el Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, de 1984, empieza a entenderse -no sin vacilaciones- que cualquiera fuera la naturaleza del empleador existe un vínculo laboral con quien le presta servicios. Se asume, pues, la tesis contractualista del empleo público. La relación laboral, sin embargo, se rige por ordenamientos diferenciados para los trabajadores privados y públicos, aunque éstos tienden a asemejarse cada vez más, superando las diversidades propias de la primera fase: la estabilidad laboral pasa también al sector privado y los derechos colectivos a los empleados públicos (en el caso de la negociación colectiva, con muy severas limitaciones, referidas sobre todo al contenido y al procedimiento negocial). Se excluye de éstos a los funcionarios públicos.

En la tercera y última fase, en la que nuestro ordenamiento entra desde inicios de la década final del siglo pasado, incluso los regímenes diferentes se dejan de lado y se acoge la regulación laboral del sector privado también para los trabajadores del Estado. Esta extensión operó primero -en verdad, a mediados de la década del ochenta- con los trabajadores de las empresas del Estado y algunas entidades a las que se sujetó al régimen laboral de la actividad privada, pero ahora alcanza a los propios poderes del Estado y organismos autónomos. Cada vez un número mayor de ellos se somete al ordenamiento laboral del sector privado: trabajadores administrativos del Congreso, del Poder Judicial y muchas entidades dependientes del Poder Ejecutivo. La Constitución vigente asume esta perspectiva, cuando en su Tercera Disposición Final y Transitoria le otorga provisionalidad a la separación de regulaciones entre el sector público y el privado.

La absoluta privatización de la regulación laboral en el sector público, podría afectar la continuidad e idoneidad del servicio, a la que aspiraba la carrera administrativa, institución que en nuestro concepto no debería abandonarse, salvo en el caso de los funcionarios que ocupan cargos políticos o de confianza. Esta perspectiva tiene respaldo además en el artículo 40 de la actual Constitución.

A contracorriente de esta tendencia privatizadora, la Ley Marco del Empleo Público se encamina hacia la unificación de los diversos regímenes laborales existentes en el Estado (poderes del Estado, gobiernos regionales y locales y otros organismos constitucionales autónomos): público, privado y excluido (a través de los llamados servicios no personales), en un nuevo ordenamiento laboral público.

1.7. LABORES EXCLUIDAS Y EQUIPARADAS

La presencia conjunta de los elementos esenciales de la relación laboral, como ya hemos visto, determina la existencia de un vínculo de dicha naturaleza y, por tanto, la aplicación del ordenamiento protector. Sin embargo, pueden producirse dos situaciones opuestas: que a pesar de confluir dichos elementos, la ley descalifique a la relación como laboral y le confiera otro carácter; y que aun cuando no estemos ante una relación laboral, la ley le otorgue al deudor de trabajo ciertos beneficios propios de los trabajadores. El primero fue el caso en nuestro ordenamiento de los contratos formativos; y el segundo, el del fenómeno llamado equiparación. De ambos vamos a ocuparnos en las líneas que siguen.

La Ley de Formación y Promoción Laboral, en su artículo 24, disponía que los Convenios de Formación Laboral Juvenil y de Prácticas Preprofesionales no originaban vínculo laboral. De este modo, los jóvenes sin estudios concluidos, de un lado, y los estudiantes y egresados de Universidades e Institutos Superiores, del otro, que ofrecían su actividad a una empresa o entidad a cambio de obtener su adiestramiento en un rubro y percibir una retribución, estaban excluidos del ordenamiento laboral y sometidos a un régimen especial, contenido en la propia norma citada, desprovisto de los más elementales beneficios.

En nuestro concepto, el factor formativo, por más que llegara a verificarse efectivamente, procurando un oficio a quien carecía de él, no es suficiente para sustraer una prestación personal, subordinada y remunerada del ámbito del Derecho del Trabajo. Nos parece que este hecho, aunado al importante porcentaje de sujetos que podían ser segregados del ordenamiento laboral por esta vía, bastaba para llamar la atención sobre la compatibilidad de esta figura con la tutela concedida al trabajo por la Constitución, que quedaría en mucho vaciada de contenido.

La actual Ley sobre Modalidades Formativas Laborales, ha sustituido las mencionadas modalidades por otras, como la Capacitación Laboral Juvenil y las Prácticas Preprofesionales y Profesionales, reguladas en términos similares, aunque ahora se reconoce a los jóvenes mayores derechos. Lo central, desde el punto de vista que nos ocupa, está en el artículo 3 de la mencionada ley: *“Las modalidades formativas no están sujetas a la normatividad laboral vigente, sino a la específica que la presente contiene”*. Pensamos que al no excluirse expresamente de la naturaleza laboral a esta figura –como en la ley anterior-, se puede sostener que se encuentra tácitamente incluida, aunque sujeta a un régimen especial. De prosperar esta tesis, la marginación habría culminado.

La segunda situación que mencionamos al comienzo tiene más bien un signo contrario a la anterior. La equiparación consiste en ampliar las fronteras del Derecho del Trabajo, no por la ruta de considerar como laborales relaciones que en estricto no lo son, sino por la de extenderles a los sujetos que realizan el servicio, algunos beneficios originarios del ordenamiento laboral (y de Seguridad Social). El dato que la ley toma en cuenta para proceder de este modo es el de la situación socioeconómica de quienes desempeñan la labor. Si considera que ésta es similar a la que -no necesariamente (como vimos en el punto 1.3.2), pero sí comúnmente- acompaña a los trabajadores, entonces puede efectuar la extensión. La cuestión central es, pues, la dependencia económica.

Las categorías asimiladas, sin embargo, deben reunir ciertas características para beneficiarse de esta ampliación. Rodríguez-Piñero (1966: 163-165), identifica las siguientes: debe tratarse de una prestación personal, de actividad o de resultado, no subordinada, retribuida y no dirigida al público en general sino a personas o círculos determinados.

La legislación, sin embargo, no siempre se inspira en esos criterios técnicos, sino que a veces sigue otro tipo de consideraciones. En nuestro ordenamiento ha operado la equiparación respecto de ciertas profesiones, como los abogados, médicos, ingenieros y otros, que prestaban servicios personales percibiendo una retribución periódica, a los que la Ley 15132 (primero interpretada por la Ley 26513 y luego derogada por el Decreto Legislativo 857), les concedió derecho a la compensación por tiempo de servicios y seguro de vida; el Decreto Supremo 34-83-TR, que regula las relaciones laborales en las cooperativas de trabajadores, estableció que cada Asamblea General determinaría el régimen laboral de los socios-trabajadores, pero que éste -en principio- no podía ser inferior al previsto por la legislación laboral del sector privado; y a los estibadores terrestres que laboran en mercados, terminales u

otros, se les concedió derecho a vacaciones, compensación por tiempo de servicios y Seguridad Social, por la Ley 25047.

En los casos señalados de algún modo se dan las circunstancias exigidas por la doctrina para la equiparación. Pero esto no ha sucedido en otros como, por ejemplo, el de las amas de casa o madres de familia, a las que la Ley 24705 calificó como trabajadoras independientes para permitirles su incorporación a los regímenes de salud y pensiones de la Seguridad Social. Sin objetar el loable fin -concordante con la tendencia hacia un modelo universal de protección a que apunta el artículo 10 de la Constitución-, el medio empleado es evidentemente incorrecto, por cuanto las labores que ellas desempeñan no son ni productivas ni por cuenta ajena.

2. FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO

2.1. CONCEPTO

La expresión fuente del derecho tiene -en la doctrina italiana- una doble acepción. De un lado, como fuente de la producción, se refiere al productor, que es una entidad -en el más amplio sentido de la palabra- que posee la atribución de elaborar un producto, así como al procedimiento que debe utilizar con ese propósito. Se responde a las interrogantes acerca de quién puede producir y cómo debe hacerlo. De otro lado, como fuente del conocimiento, alude al producto mismo y absuelve la cuestión de qué es lo producido. En el primer significado será fuente del derecho, por ejemplo, el Congreso y el trámite parlamentario de elaboración de la ley; y, en el segundo, la propia ley. En rigor ésta tiene su origen en aquéllos, por lo que la fuente de la producción sería mediata y la del conocimiento inmediata. En este trabajo vamos a emplear el concepto en ambas acepciones.

La producción puede consistir en un acto o en un hecho y su impacto sobre el producto puede estar en crearlo, modificarlo o extinguirlo. Vamos a explicar enseguida cada uno de estos términos.

Los productos pueden tener su origen en actos o hechos. Los primeros son manifestaciones de voluntad de ciertas entidades (poderes del Estado, organismos autónomos, organizaciones internacionales, autonomía privada, etc.). Son actos los que conducen a la producción de la ley, el tratado, el convenio colectivo, el contrato de trabajo, la sentencia, etc. Pero algunos de ellos son normativos y otros no, conforme veremos luego. Cuando son normativos, adoptan indispensablemente forma escrita y necesitan publicidad, que en el caso de los productos creados por el Estado supone la publicación -aunque no debería agotarse en ella- y en el de los generados por la autonomía privada, al menos la inscripción en un registro público.

Los hechos son situaciones objetivas: una práctica reiterada que suscita convicción de obligatoriedad. No requieren forma escrita, aunque sí -cuando son normativos- alguna difusión. En esta perspectiva, son productos

derivados de hechos, la costumbre y -según algunos autores- hasta la jurisprudencia. También hay hechos normativos y los que no lo son.

Comúnmente, cada productor está asociado a un producto propio. Así, la Asamblea Constituyente a la Constitución, el Poder Legislativo a la ley, el Poder Ejecutivo al reglamento, el Poder Judicial a la sentencia, los sujetos laborales colectivos al convenio colectivo, los sujetos laborales individuales al contrato de trabajo, etc. Por excepción, una entidad puede estar habilitada para producir otras formas jurídicas, como ocurre con el Poder Ejecutivo y los decretos legislativos y decretos de urgencia.

Las consecuencias que tienen los actos o hechos sobre los productos, son las de crearlos, modificarlos o extinguirlos. En general, las entidades poseen las tres respecto de sus formas jurídicas propias. Así sucede con los productos que hemos mencionado en el párrafo anterior. Por ejemplo, el Poder Legislativo puede hacer todo ello con la ley, como pueden hacerlo las partes de la relación individual de trabajo con el contrato, refiriéndonos a un producto normativo y a otro no normativo, respectivamente.

Pero puede ocurrir también que una entidad tenga respecto de ciertas formas jurídicas sólo algunas de las mencionadas potestades. Por ejemplo, las de modificarlas o extinguirlas, mas no la de crearlas. Tal es lo que sucede al interior del bloque de los productos heterónomos, de un lado, y de los autónomos, del otro. En el primer caso, el Poder Legislativo no puede crear pero sí modificar o extinguir cualquier otra norma estatal de nivel igual o inferior a la ley (como un decreto legislativo, un decreto de urgencia, un reglamento, etc.), salvo que la Constitución otorgue competencia exclusiva para ello a una entidad distinta. En el segundo, los sujetos laborales colectivos se encuentran en similar situación respecto del contrato de trabajo, que pueden modificar o extinguir por un convenio colectivo (en el último caso, en un procedimiento de terminación de la relación laboral por causas objetivas), mas no crear.

Asimismo, existen entidades investidas exclusivamente -o, al menos, fundamentalmente- de la atribución de extinguir. Este es el caso de las encargadas del control de la constitucionalidad y legalidad del ordenamiento, no en el sistema difuso (en el que se les permite sólo inaplicar al caso concreto las normas infractoras), sino en el concentrado (en el que se les permite eliminarlas). Nuestra Constitución recoge ambos sistemas y le asigna al Tribunal Constitucional la potestad de eliminar mediante una sentencia dictada en un proceso de inconstitucionalidad, las leyes y otras normas de su nivel incompatibles con la Constitución (numeral 4 del artículo 200); y al Poder Judicial, la de hacerlo con los reglamentos y otras normas de su nivel cuando infringen la Constitución o la ley, a través de una sentencia expedida en un proceso de acción popular (numeral 5 del artículo 200).

Por último, para que un producto pueda considerarse fuente del derecho, debe ser una norma. Debemos identificar, entonces, qué distingue un producto normativo de otro no normativo. La respuesta se encuentra en los diferentes efectos de uno y otro sobre los destinatarios y las acciones reguladas, como precisa Bobbio (2002: 130 y ss). Mientras los productos normativos constituyen

reglas generales y abstractas, es decir, universales en lo referente al destinatario y a la acción, respectivamente; los no normativos forman decisiones particulares y concretas, esto es, singulares en ambos casos. Es esto lo que hace diversos a la ley y al contrato, por ejemplo, que tienen las primeras y las segundas características, respectivamente.

Pero así como hay productos nítidamente ubicables entre los normativos o no normativos, hay otros de clasificación compleja. Este es el caso del convenio colectivo, que es un producto al que la doctrina le reconoce ambas características, cada una de ellas referida a una parte específica de su contenido: la normativa y la obligacional. Sobre esta cuestión volveremos en el punto 2. 3. 4. Asimismo, es el caso de la sentencia, que por lo común es un producto no normativo (cuando pone fin al proceso con efectos sólo entre las partes del mismo), pero a veces puede ser normativo (cuando elimina una norma o forma un precedente vinculante para futuros procesos). Más adelante, en el punto 2.4.1, abordaremos este asunto.

Para concluir queremos recoger tres criterios de frecuente uso por la doctrina para distinguir entre las normas. El primero es el que separa las normas instrumentales de las sustantivas, en función de su incidencia mediata o inmediata sobre la generación de derechos. Mientras las normas instrumentales son las que regulan el propio sistema de fuentes del derecho: qué entidades, mediante qué procedimientos, pueden producir qué formas normativas (la parte orgánica de la Constitución es claramente de este tipo); las sustantivas establecen directamente derechos y obligaciones para las personas (como hace la parte dogmática de la Constitución).

El segundo criterio se refiere al empleo de las formas normativas en todo el ordenamiento o en una sola de sus áreas. En virtud de éste, se distingue entre las normas comunes y las especiales. Las primeras son las formas jurídicas existentes en todos los sectores del ordenamiento, como la ley o el reglamento, cuyo contenido es el que cambia según la materia regulada. Y las segundas son las formas jurídicas propias del Derecho del Trabajo, la principal de las cuales es el convenio colectivo.

El tercer criterio está construido sobre la base del carácter y grado de imperatividad o dispositividad de las normas estatales frente a la autonomía privada. Desde esta perspectiva, hay normas de derecho dispositivo, que permiten la presencia de la autonomía privada en la regulación de una materia y su libre juego en cualquier dirección (de mejora o de disminución); derecho necesario relativo, que fijan pisos a la autonomía privada, debajo de los cuales la intervención de ésta queda prohibida; máximos de derecho necesario, que establecen techos a la autonomía privada, que no puede sobrepasar; y derecho necesario absoluto, que excluyen por completo la presencia de la autonomía privada. La gran masa de normas laborales es del segundo tipo. Creemos que el carácter mínimo de las normas laborales debe presumirse, si no hay declaración expresa en tal sentido, porque es el que guarda mayor conformidad con la naturaleza protectora del ordenamiento laboral. Por tanto, la declaración expresa sólo se requiere cuando la norma laboral adopte uno de los otros tres tipos que hemos mencionado.

2.2. NIVELES Y SUBNIVELES

Todas las normas existentes en un ordenamiento, integran el sistema de fuentes del derecho, que es único y se estructura en función de dos criterios centrales: el de jerarquía y el de competencia. El primero, del que vamos a ocuparnos en este punto, consiste en atribuirle un rango a cada una de las normas, y organizarlas verticalmente, según ese factor, en diversos niveles, de mayor a menor. Nos interesa, pues, establecer cuáles son esos niveles y mediante qué normas y procedimientos se asigna éstos.

La doctrina italiana distingue básicamente cuatro niveles, que son el constitucional (que corresponde a la Constitución), el primario (en el que está la ley y sus equivalentes), el secundario (el del reglamento y sus equivalentes) y el terciario (que contiene las normas emanadas de la autonomía privada). Los equivalentes a los que nos referimos son, en el caso de la ley -la norma máxima producida por el organismo legislativo nacional-, los que derivan de los organismos legislativos regionales y municipales; y, en el caso del reglamento -que emana del organismo ejecutivo nacional-, igualmente, los nacidos de los organismos ejecutivos regionales y municipales.

Los niveles están configurados gruesamente, por lo que al interior de ellos es posible que no todas las normas que los conforman tengan el mismo rango. De ahí, la necesidad de distinguir subniveles dentro de los primeros, que nos proporcionan una ordenación más precisa. Era claro, por ejemplo, con la Constitución de 1979, que los tratados no relativos a derechos humanos, tenían nivel primario. Sin embargo, también lo era que había prevalencias internas: los tratados sobre las leyes en caso de conflicto y los de integración con Estados latinoamericanos sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes. Todo ello, porque había subniveles distintos.

Veamos ahora las normas y procedimientos idóneos para conceder los niveles y subniveles. Estos son conferidos por una norma de tipo instrumental, que no puede estar mejor ubicada que en la propia Constitución. Esta se señala a sí misma un nivel, que es el más alto, y determina los correspondientes a las demás normas importantes. Lo no regulado por la Constitución, puede serlo por la ley.

En cuanto al procedimiento, hay dos caminos: el directo y el indirecto. Conforme al primero, la norma otorga el rango, sea de modo global (como cuando en su artículo 51 la Constitución establece que prevalece sobre la ley y ésta sobre el reglamento, configurando los tres primeros niveles), sea de modo puntual, norma por norma (como ocurre al indicarse, por ejemplo, en el numeral 19 del artículo 118, que los decretos de urgencia tienen rango de ley).

El camino indirecto es el de fijar un nivel, sin señalarlo expresamente, al determinar el medio de control de validez que corresponde a una norma. Así, tienen nivel primario las normas que se impugnan mediante la acción de

inconstitucionalidad y nivel secundario, aquéllas cuya vía para ello es la acción popular.

Tomando en cuenta lo expuesto, los niveles de nuestro sistema de fuentes, con las precisiones que se hará en los puntos siguientes, quedan configurados como se establece en el cuadro.

SISTEMA PERUANO DE FUENTES DEL DERECHO	
NIVEL	NORMAS
Constitucional	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución • Tratado de derechos humanos
Primario	<ul style="list-style-type: none"> • Tratado • Ley • Decreto legislativo • Decreto de urgencia • Ley regional • Ordenanza municipal • Sentencia anulatoria del Tribunal Constitucional
Secundario	<ul style="list-style-type: none"> • Reglamento • Decreto regional • Edicto municipal • Sentencia anulatoria del Poder Judicial
Terciario	<ul style="list-style-type: none"> • Convenio colectivo • Reglamento interno de trabajo • Costumbre

2.3. PRINCIPALES PRODUCTOS NORMATIVOS Y NO NORMATIVOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

2.3.1. CONSTITUCION

En este punto nos interesa abordar el tema de la Constitución como norma, centrándonos en las características que tiene la regulación del trabajo por la de 1993.

Antes, conviene precisar que la cuestión laboral ha estado presente en el constitucionalismo moderno. Pero mientras las Constituciones liberales se ocupaban sólo de la libertad de trabajo: derecho de decidir si se trabaja o no, en qué y para quién (según vimos en el punto 1.2.4), las Constituciones sociales han tratado, además, el derecho al trabajo y los derechos en el trabajo; es decir, el acceso a un empleo en condiciones adecuadas. Ello es el lógico correlato del

abandono de las tesis abstencionistas sobre el papel del Estado en la vida socioeconómica y la adopción de las tesis intervencionistas. Allí se produjo la extensión del catálogo de derechos: de sólo los civiles y políticos, a también los económicos, sociales y culturales. Nuestras Constituciones del siglo XX, tienen todas -en grados muy diversos- este último signo.

Sobre la Constitución vigente, queremos resaltar dos cuestiones: cuál es la función que le otorga al trabajo en el contexto social y cómo regula los derechos y principios laborales.

El trabajo aparece en la Constitución como un deber y un derecho y como base del bienestar social y medio de realización personal (artículo 22). Asimismo, se señala que es objeto de protección por el Estado (artículo 23). Estas expresiones poseen la mayor relevancia, porque muestran que nos encontramos ante un bien superior en el ordenamiento. Además pueden servir, de un lado, como fundamento del ejercicio de derechos (el derecho al trabajo como cobertura para defender el acceso y la conservación del empleo, por ejemplo) y, del otro, como clave interpretativa para el conjunto del articulado laboral y del texto constitucional (base sobre la cual, por ejemplo, puede sostenerse el reconocimiento de todos los principios del Derecho del Trabajo, originados en el carácter protector de éste, aunque no estén expresamente consagrados).

En cuanto a la regulación de los derechos laborales, debemos efectuar el análisis en el marco de los modelos que pueden identificarse en las Constituciones modernas en esta materia. Nos parece que hay cuatro opciones de referencia a un derecho por una Constitución: lo reconoce y detalla sus características centrales; lo reconoce, pero remite la precisión de sus características a la ley; no lo reconoce; y, lo prohíbe.

El primer tipo es el que la Constitución adopta cuando tiene el mayor interés en el respeto de un derecho, porque lo considera especialmente relevante. Deja, por tanto, al legislador un margen de desarrollo menor que los otros tipos. Está reservado para el núcleo de los derechos de un área. El segundo, corresponde a los derechos de importancia intermedia. Aquí el legislador tiene un campo de acción más amplio para regular el derecho. En el tercero, la libertad del legislador es total para decidir si reconoce o no el derecho y de qué manera. Sólo cabe, entonces, respecto de los derechos periféricos. Por último, el cuarto tipo, se emplea por excepción para excluir de un derecho a algunos sujetos o limitarlo en ciertas circunstancias (por ejemplo, los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía respecto de la sindicación y la huelga, y ésta misma cuando se produce en los servicios esenciales, respectivamente).

Muy vinculado con lo anterior, se encuentra la distinción entre los grados de preceptividad con que la Constitución puede reconocer un derecho. Aquí la doctrina identifica básicamente dos: la inmediata,

cuando el texto constitucional es suficiente para accionar en defensa del derecho ante el organismo jurisdiccional, y la aplazada, cuando se requiere el desarrollo del derecho por el legislador o la adopción de políticas por el gobierno. La primera se da fundamentalmente en el tipo uno de los modelos señalados antes, mientras la segunda coincide más bien con el tipo dos.

Un concepto indispensable, en todo caso, para el posterior desarrollo del derecho constitucionalmente consagrado, es el de contenido esencial. En virtud de éste, hay que determinar -siguiendo al Tribunal Constitucional español- los aspectos que permiten reconocer un derecho y los intereses para los que se ha establecido. El legislador puede moverse con libertad, pero debe respetar ese contenido esencial. Así, el legislador podría optar por una fórmula mínima de regulación de la huelga: sólo el cese total y continuo de labores, con abandono del centro de trabajo, en procura de fines profesionales, o por una máxima: cualquier alteración en la forma habitual de prestar el servicio, admitiendo también fines político-sociales; y estar ambas comprendidas, pese a sus diferencias, dentro del derecho de huelga, porque satisfacen su contenido esencial: una medida de presión, vinculada al cumplimiento de la prestación de trabajo, adoptada en el contexto de un conflicto con el empleador. El contenido esencial tendrá que ser determinado, en definitiva, por el Tribunal Constitucional.

Desde esta perspectiva, volvamos ahora a nuestra actual Constitución. Lo primero que debemos anotar es la ubicación del bloque de los derechos laborales, ya no entre los fundamentales sino entre los sociales y económicos. Sólo están entre aquéllos, la igualdad ante la ley y la no discriminación (numeral 2 del artículo 2), con aplicación por cierto no reservada al ámbito laboral; la sindicación, en el marco del derecho de constituir diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro (numeral 13 del artículo 2); y la libertad de trabajo (numeral 15 del artículo 2). Los demás se hallan en el segundo grupo. Esta distinción, sin embargo, es relativa porque la fórmula abierta del artículo 3 puede llevar a comprender al conjunto de los derechos laborales entre los fundamentales y porque no incide sobre los mecanismos de tutela especial establecidos por la Constitución (el proceso de amparo, en concreto, puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales y no sólo los que de ellos sean fundamentales). En lo que sí podría haber una consecuencia práctica de esta sustracción, sería en la hipótesis de un conflicto entre dos derechos constitucionales, uno fundamental y el otro no. En este caso, siguiendo la tesis de la ponderación entre los derechos en colisión, en función a su diferente valoración por la Constitución, podría afectarse más el segundo que el primero, evitando llegar a suprimirlo.

En cuanto a la regulación de los derechos, conviene reunirlos en dos grupos, en atención al criterio utilizado en doctrina: los específicos, ya sean individuales, ya sean colectivos; y, los inespecíficos. Los primeros son los otorgados al trabajador por su condición de tal; y los

segundos, los reconocidos a toda persona y, por tanto, también a los trabajadores, cuando se ejercen en el marco de una relación laboral.

La Constitución no recoge todo el repertorio de derechos individuales vigentes, sino que más bien es selectiva. Como consecuencia, quedan fuera de mención algunas instituciones tradicionales en nuestro ordenamiento laboral, como las gratificaciones y la compensación por tiempo de servicios, proclamadas por la Constitución anterior. Esto no quiere decir, naturalmente, que vayan a desaparecer, sino que en el futuro sólo subsistirán en la medida en que sean reguladas por otras normas, como ocurre ahora en ambos casos.

La Constitución sí se ocupa de tres temas que conforman el núcleo del Derecho Individual del Trabajo: la cuantía de la remuneración, la duración de la jornada y de los descansos, y la duración de la relación laboral.

En lo que respecta a la remuneración, no se abandona, pese a la perspectiva neoliberal que preside el texto, el concepto de remuneración mínima (artículo 24), producto por excelencia de la intervención niveladora del Estado sobre las desigualdades sociales. Aunque se suprime la referencia al reajuste periódico de aquélla.

La jornada ordinaria se fija en 8 horas diarias o 48 semanales, como máximo (artículo 25), permitiendo que se supere el primer tope si se respeta el segundo. El tiempo de trabajo que exceda de esas barreras debe, por tanto, tratarse como jornada extraordinaria. Correlativamente, se reitera en el mismo precepto, el derecho a los descansos remunerados, semanales y anuales.

Asimismo, se regula el despido, aunque en este caso con una redacción ambigua: “*La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*” (artículo 27). Creemos que este equívoco precepto debe ser entendido en el sentido de prohibir el despido injustificado, de un lado, pero permitir al legislador establecer el mecanismo de reparación que considere más adecuado frente a él, del otro. De este modo, se estaría proclamando el carácter causal del despido -y simultáneamente la invalidez del despido libre-, aunque admitiendo que pueda optarse por ley entre un sistema de estabilidad absoluta, esto es, con reposición ante un despido injustificado (como en la Ley 24514), o relativa, es decir, con indemnización frente al mismo supuesto (como sucede en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, salvo en el llamado despido nulo). De ser así, como ocurre además generalizadamente en las normas internacionales y en el derecho comparado, el artículo nos parecería razonable en su regulación de una institución tan controvertida. La proscripción del despido injustificado emana, además, del artículo 22, que consagra el derecho al trabajo, en sus dos facetas: la de acceso y -la relevante para estos efectos- de conservación del empleo.

Con el abandono del término “*estabilidad laboral*”, que -como vimos en el punto 1.5- según la doctrina comprende no sólo la regla de salida, consistente en la prohibición del despido injustificado, sino también la de entrada, plasmada en la preferencia por la contratación de duración indeterminada sobre la de duración temporal, habrá en el futuro más dificultades para sustentar la inconstitucionalidad de una eventual hipótesis de generalización de la contratación temporal.

En lo que se refiere a los derechos colectivos: sindicación, negociación colectiva y huelga, los tres han sido regulados en la Constitución en un único precepto (artículo 28). Dada la interdependencia que la doctrina reconoce entre estas instituciones no pensamos que esta refundición constituya una cuestión esencial.

Lo preocupante de la nueva fórmula es su imprecisión, que afecta sobre todo a la sindicación y a la huelga. El Estado reconoce y garantiza la libertad sindical, dice la Constitución (numeral 1 del artículo 28). No proporciona ningún elemento de su ámbito objetivo, excluyendo del subjetivo a los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y los jueces y fiscales (artículos 42 y 153).

Para determinar el ámbito objetivo, el organismo legislativo y el jurisdiccional tendrán que acudir a la más clarificadora regulación establecida en los Convenios Internacionales del Trabajo 87 y 98, ambos aprobados y ratificados por el Perú, y en la jurisprudencia de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (abordamos este asunto con más detalle en el punto 2.3.2). De esta manera, queda comprendida en la institución tanto la libertad sindical individual como colectiva, de organización y de actividad, y su protección. En otras palabras, el derecho de los trabajadores a constituir, afiliarse y participar en las organizaciones sindicales, y el de éstas a dotarse de estatutos, elegir a sus representantes, desarrollar sus actividades, conformar entidades de grado superior y disolverse; todo ello sin injerencia del empleador, otras organizaciones sindicales o el Estado, y con la debida tutela de éste.

Para la Constitución la huelga debe ejercerse en armonía con el interés social, pudiendo el legislador señalar sus excepciones y limitaciones (numeral 3 del artículo 28). El propio texto proporciona una relación de funcionarios públicos que no quedan comprendidos en el derecho (artículos 42 y 153). No se señala a quién corresponde la titularidad del mismo, razón por la cual una futura ley puede atribuirla no sólo a los trabajadores sino también (o sustitutoriamente) a las organizaciones sindicales.

Respecto de los límites al derecho, nos hubiera parecido más conveniente utilizar la expresión de la Constitución española: “*La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas*”

para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad” (numeral 2 del artículo 28). Ello no sólo porque los servicios esenciales son justamente el sector en que entran en colisión el derecho de los trabajadores a la huelga con otros derechos fundamentales de los usuarios, siendo por tanto una plasmación más concreta del interés social; sino porque de ese modo no se habría degradado un derecho constitucional al permitirle al legislador determinar sus excepciones y limitaciones, además de las expresamente establecidas en la Constitución misma.

En cuestión de negociación colectiva, la Constitución sí establece importantes caracteres (numeral 2 del artículo 28). En primer lugar, le encarga al Estado el fomento de esta institución, al estilo de los Convenios Internacionales del Trabajo 98 y 154 (el primero ratificado por nuestro país, como ya dijimos, y el segundo no), lo que significa no sólo garantizar el derecho sino promover su desarrollo. En segundo lugar, sustituye la referencia a la intervención del Estado en la solución de los conflictos, por la búsqueda de diversas formas de solución pacífica, que resulta más acorde con la autonomía colectiva. Por último, reemplaza la frase *“fuerza de ley para las partes”* por la de *“fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”*, como atributo del convenio colectivo. A esto nos referiremos en el punto 2.3.4.

En materia laboral la Constitución vigente ha convalidado la reforma radical del ordenamiento llevada a cabo desde inicios de la década del noventa, cuya perspectiva fue la de disminuir la regulación estatal dejando un espacio mayor a la autonomía privada. Por ello, el articulado laboral puede encasillarse básicamente en los tipos dos y tres de los modelos de tratamiento constitucional de los derechos que expusimos antes: reconocimiento y remisión, o no reconocimiento. Lo preocupante es que en esta fórmula poco garantizadora, se haya comprendido algunos derechos de los trabajadores que la doctrina conviene en considerar como integrantes del núcleo de los mismos: estabilidad laboral, sindicación y huelga.

De otro lado, los derechos inespecíficos tienen su sustento en el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución, conforme al cual: *“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”*. Allí se brinda adecuada cobertura a los derechos de los trabajadores a la igualdad, a la intimidad, a la libertad de expresión, etc., de los que no pueden ser privados por su empleador, ya que la ciudadanía no se pierde por su incorporación a la empresa.

Por último, una brevísima referencia a los principios del Derecho del Trabajo en la nueva Constitución, ya que este tema lo abordaremos en el punto 4.1. La situación de los principios es diferente de la de los derechos, porque aquéllos no requieren plasmación en el texto para disfrutar de reconocimiento. Su recepción por el ordenamiento puede servir más bien para concederles una riqueza mayor o menor.

EL TRABAJO EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993

TEMA	CONSTITUCION 1979	CONSTITUCION 1993
CARACTER PROTECTOR	El trabajo es objeto de protección por el Estado (art. 42)	El trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabaja (art. 23).
REMUNERACION	<p>El trabajador tiene derecho a una remuneración justa.</p> <p>Varones o mujeres tienen derecho a igual remuneración por trabajo igual.</p> <p>Las remuneraciones mínimas se reajustan periódicamente por el Estado con participación de las organizaciones de trabajadores y empleadores. (art. 43)</p>	<p>El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente.</p> <p>Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones de trabajadores y empleadores. (art. 24)</p>
JORNADA	<p>La jornada ordinaria es de 8 horas diarias y 48 horas semanales</p> <p>Todo trabajo realizado fuera de la jornada se remunera extraordinariamente. (art. 44).</p>	<p>La jornada ordinaria es de 8 horas diarias o 48 horas semanales.</p> <p>En jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. (art. 25)</p>
ESTABILIDAD LABORAL	<p>El trabajo es un derecho y un deber social. (art. 42)</p> <p>El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo.</p> <p>El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada. (art. 48)</p>	<p>El trabajo es un deber y un derecho. (art. 22)</p> <p>La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. (art. 27).</p>
SINDICACION	<p>El Estado reconoce el derecho de constituir sindicatos sin autorización previa, afiliarse o no a ellos, así como el derecho de los sindicatos a constituir organismos de grado superior, funcionar libremente y disolverse por acuerdo de sus miembros o resolución de la Corte Suprema.</p> <p>Los dirigentes gozan de garantías para el desarrollo de sus funciones. (art. 51)</p>	<p>El Estado reconoce el derecho de sindicación. Cautela su ejercicio democrático.</p> <p>Garantiza la libertad sindical. (art. 28.1).</p>
NEGOCIACION COLECTIVA		El Estado reconoce el derecho de negociación colectiva. Cautela su ejercicio democrático.

	<p>El Estado garantiza el derecho a la negociación colectiva.</p> <p>La intervención del Estado sólo procede y es definitiva a falta de acuerdo entre las partes.</p> <p>Las convenciones colectivas tienen fuerza de ley para las partes.</p> <p>(art. 54)</p>	<p>Fomenta la negociación colectiva.</p> <p>La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.</p> <p>(art. 28.2)</p>
HUELGA	<p>La huelga es derecho de los trabajadores.</p> <p>Se ejerce en la forma que establece la ley.</p> <p>(art. 55)</p>	<p>El Estado reconoce el derecho de huelga. Cautela su ejercicio democrático.</p> <p>Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.</p> <p>(art. 28.3)</p>
PARTICIPACION	<p>El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa.</p> <p>La participación se extiende a la propiedad, en las empresas cuya naturaleza no lo impide.</p> <p>(art. 56).</p>	<p>El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación. (art. 29)</p>
DERECHOS INESPECIFICOS	<p>En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad.</p> <p>(art. 42)</p>	<p>Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.</p> <p>(art. 23)</p>
PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD	<p>Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución .</p> <p>Todo pacto en contrario es nulo.</p> <p>(art. 57).</p>	<p>Se respeta como principio el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (art. 26.2).</p>
PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO	<p>En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador. (art. 57)</p>	<p>Se respeta como principio la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma. (art. 26.3)</p>
PRINCIPIO DE IGUALDAD	<p>El trabajo es objeto de protección, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato. (art. 42)</p>	<p>Se respeta como principio la igualdad de oportunidades sin discriminación (art. 26.1).</p>
RETROACTIVIDAD	<p>Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente. (art. 187)</p>	<p>Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. (art. 103)</p>

2.3.2. TRATADO

Los tratados son -en palabras de Remiro Brotóns y otros (1997: 181)- acuerdos escritos celebrados entre sujetos internacionales, que

crean derechos y obligaciones regidos por el Derecho Internacional. Pueden celebrarse entre Estados, entre éstos y organizaciones internacionales o entre éstas, en forma bilateral o multilateral. Los primeros están regidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y, los demás, por la de 1986. También pueden consistir en decisiones adoptadas en el seno de organizaciones internacionales. Estos tratados están regulados por ambas Convenciones de Viena, en su artículo 5 común. Son productos normativos. Para que puedan regir en nuestro ordenamiento interno, se requiere su previa aprobación y ratificación por los organismos correspondientes, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones estipuladas en los propios tratados. Nos interesa referirnos en este punto, primero, a la regulación de los derechos laborales por los tratados y luego, al modo cómo nuestra Constitución se ocupa de ellos.

Abordaremos primero los tratados producidos por las organizaciones internacionales. Podemos establecer una doble clasificación de éstos: por su ámbito, en mundiales o regionales (donde nos interesan los americanos), y por su contenido, en genéricos y específicos, según consagren indiferenciadamente derechos correspondientes a diversas áreas o se centren en alguno o algunos pertenecientes a un sector determinado.

A partir de esta entrada, los principales tratados de contenido genérico que regulan derechos laborales son los llamados instrumentos internacionales de derechos humanos. Los más importantes de éstos son -en el ámbito mundial- la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los Pactos Internacionales (1966) de Derechos Civiles y Políticos, de un lado, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del otro; y -en el ámbito regional americano- la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988). Todos ellos están aprobados y ratificados por el Perú.

En todos los instrumentos internacionales mencionados -que son el núcleo sobre la materia- se encuentran comprendidos derechos laborales. Las Declaraciones suelen proclamarlos con poco detalle, simplemente enunciándolos, pero los Pactos y Convenciones sí los abordan con más precisión. El bloque de los derechos laborales está incorporado a los instrumentos internacionales orientados a los derechos económicos, sociales y culturales. Allí se hallan el derecho al trabajo, a la libre elección del trabajo, a condiciones y remuneraciones equitativas y satisfactorias, al descanso, a la sindicación, etc. La libertad sindical aparece, además, entre los derechos civiles y políticos.

Pero hay también tratados de ámbito mundial y de contenido específico, que versan solamente sobre derechos laborales (y Seguridad Social): son los convenios internacionales del trabajo, producidos por la Organización Internacional del Trabajo. Desde 1919 en que fue creada

esta entidad, la Conferencia Internacional del Trabajo -que es su órgano máximo- compuesta por representantes de Estados y de organizaciones de trabajadores y de empleadores, viene elaborando estas normas sobre los derechos más importantes de los trabajadores (libertad de trabajo, igualdad de oportunidades y de trato, salarios mínimos, protección de los salarios, jornadas de trabajo y descansos, seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de mujeres, menores y trabajadores de edad, libertad sindical, etc.) y otros aspectos de la cuestión laboral (empleo, administración del trabajo, relaciones profesionales, etc.). El Perú ha aprobado y ratificado más de un tercio de dichas normas.

Nos parece que estos convenios internacionales del trabajo, los cuales -en su mayoría- desarrollan derechos laborales antes regulados con menos detalle por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, deben calificarse también como tales. De este modo, el tratamiento que brinda nuestra Constitución a los tratados sobre derechos humanos -del cual nos ocuparemos más adelante- se hace extensivo a los convenios internacionales del trabajo.

En lo que respecta a los tratados celebrados entre Estados, también en ellos se aborda la cuestión laboral. El marco en el que se produjo este fenómeno fue, en un primer momento, el de los acuerdos regionales de integración económica. Allí se trataba básicamente de proteger al trabajador migrante en la conservación de sus beneficios, cuando se desplazara a prestar servicios entre un Estado y otro. Pero también se buscaba armonizar las legislaciones laborales nacionales para evitar la existencia de ventajas indebidas de un Estado sobre los demás en el plano de las relaciones comerciales, derivadas de un tratamiento desigual de los derechos de los trabajadores. Estas son las llamadas cláusulas sociales, que en el contexto de la globalización económica son actualmente una exigencia no sólo de los repotenciados tratados regionales de integración, sino además del comercio mundial liberalizado. En el seno de la Organización Mundial del Comercio, organismo rector de estas operaciones, no se ha dado todavía el consenso necesario para la adopción de una cláusula social, que establezca la relación de derechos laborales de vigencia indispensable para el desarrollo del libre comercio mundial, pero se ha asumido el compromiso de respetar las normas laborales internacionales, en coordinación con la Organización Internacional del Trabajo. La preocupación de ésta sobre la dimensión social de la liberalización del comercio internacional, la llevó a emitir por su Conferencia Internacional del Trabajo reunida en junio de 1998, una Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, conforme a la cual todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios sobre derechos fundamentales, tienen el compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la organización internacional de respetar, promover y hacer realidad los siguientes derechos: libertad de asociación y libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; abolición efectiva del trabajo infantil; y eliminación de la discriminación en materia de empleo y

ocupación (punto 2). Se añade que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de esta Declaración (punto 5). Finalmente, se dispone que se hará un seguimiento de la Declaración a través de memorias presentadas por los Estados e informes de la organización internacional.

Sobre la regulación de los tratados por nuestra Constitución, queremos referirnos a la competencia y la jerarquía. La primera cuestión alude al organismo al que le corresponde la aprobación y ratificación o denuncia de un tratado en nuestro ordenamiento, es decir, la recepción o expulsión de esa norma internacional por nuestro derecho interno. La Constitución le reserva al Congreso la atribución de aprobar y denunciar los tratados relativos a ciertas materias taxativamente enumeradas y le concede la de las demás al Presidente de la República (artículos 56 y 57). La ratificación es siempre potestad del Presidente de la República. El Congreso opera frente a la aprobación o denuncia a través de una resolución legislativa y el Presidente de la República lo hace en caso de aprobación, ratificación o denuncia mediante un decreto supremo. Así lo ordena la Ley 26647, que establece las normas y regula los actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados, en su artículo 2.

Entre las materias en las que el Congreso debe aprobar y denunciar los tratados están las referidas a derechos humanos, así como las que conllevan modificación o derogación de leyes o requieran desarrollo legislativo. Como los tratados sobre derechos laborales están en el primer grupo -por lo antes expuesto- y eventualmente también en los siguientes, su aprobación o denuncia en nuestro medio compete al Congreso.

Sobre el rango de los tratados, la actual Constitución no es precisamente clara. Al ocuparse de ellos -en el Capítulo correspondiente- no señala directamente cuál es su ubicación en la jerarquía, pero sí lo hace en vía indirecta al mencionarlos entre las normas cuya validez se controla mediante la acción de inconstitucionalidad (numeral 4 del artículo 200). Les otorga, por tanto, nivel primario.

Sin embargo, consideramos posible establecer diferencias en la jerarquía que nuestro ordenamiento le atribuye a los tratados. Esto nos lleva a dos cuestiones: si los tratados de derechos humanos tienen el mismo nivel que los demás, y si los aprobados por el Congreso se ubican en idéntico subnivel que los aprobados por el Presidente de la República.

Sobre la primera, pensamos que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional. La base normativa de esta asignación, se encuentra, de un lado, en el artículo 3 de la Constitución, que contiene la llamada cláusula de los derechos implícitos: la enumeración de derechos fundamentales hecha por el artículo 2, se amplía con otros similares proclamados por la Constitución o los tratados sobre derechos humanos; y, del otro, en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la

Constitución: los preceptos constitucionales que reconocen derechos y libertades se interpretan de conformidad con los tratados sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Esta última fórmula ha sido recogida del numeral 2 del artículo 10 de la Constitución española, de donde había pasado, primero, al artículo 15 de la Ley 25398, modificatoria de la Ley de *Hábeas Corpus* y Amparo, y, luego, al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

La hipótesis de operación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria es la siguiente: un precepto constitucional reconoce un derecho, el mismo que también es regulado por un tratado sobre derechos humanos aprobado y ratificado, siendo ambas normas compatibles; en tal caso, para establecer el sentido del primero es indispensable acudir al segundo. Surge así una vinculación intensa entre la Constitución y el tratado, que forma un bloque entre ellos para fines hermenéuticos. Esta situación equivale desde nuestro punto de vista a una constitucionalización de dichos tratados. Será posible, por tanto, interponer una acción de inconstitucionalidad contra una ley que transgreda la regulación de un derecho consagrado simultáneamente por la Constitución y un tratado, por infracción de aspectos no contenidos en la primera pero sí en el segundo. El bloque se extiende, en nuestra opinión, no sólo al texto del tratado sino también a la jurisprudencia que sobre él ha nacido de los órganos de control de la organización internacional que lo produjo. Si se acudiera únicamente al tratado y no a la jurisprudencia, el organismo jurisdiccional de cada país podría darle al primero un significado particular, con lo que un mismo texto tendría lecturas distintas en los diversos Estados suscriptores. En esta línea, el Código Procesal Constitucional precisa que, para interpretar los preceptos constitucionales referidos a derechos de la persona, debe utilizarse, además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales correspondientes (artículo V del Título Preliminar).

Un caso que muestra la gran relevancia otorgada por la Constitución a los tratados sobre derechos humanos es el de la libertad sindical. Como vimos en el punto 2.3.1, el artículo 28.1 de la Constitución no puede ser más escueto: no se sabe qué garantiza ni a quién. Pero como en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, aquel precepto debe ser leído conjuntamente con los tratados sobre la materia ratificados por el Perú, tenemos que utilizar los Convenios Internacionales del Trabajo 87 y 98, así como la jurisprudencia sobre ellos emanada de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración (que son los órganos de control) de la Organización Internacional del Trabajo, que enriquecen notablemente su contenido.

El último asunto pendiente, es el del rango de los tratados aprobados por el Congreso y por el Presidente de la República. Pensamos que dada la mayor importancia de las materias conferidas al primero, así

como el nivel más alto de la norma de que dispone para la aprobación, debe reconocerse a aquéllos un subnivel superior respecto de éstos, todos dentro del nivel primario.

Para efectos de las relaciones entre los tratados y las normas nacionales, nos remitimos a los puntos 4.2.4 y 4.2.5. Aquí queremos adelantar sólo que en caso de concurrencia conflictiva, un tratado de cualquier materia, prevalece sobre una norma nacional, cualquiera fuera su rango, excepto en el campo de los derechos humanos, en el que debería preferirse la norma nacional si fuera más favorable. Y, en caso de concurrencia no conflictiva, ambas normas se aplican a la vez. El ensamblaje previsto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución es justamente de este tipo.

CONVENIOS INTERNACIONALES DEL TRABAJO APROBADOS Y RATIFICADOS POR EL PERU

CONVENIO	MATERIA Y FECHA	APROBACION	
		Resolución Legislativa	Fecha
1	Horas de trabajo (industria), 1919	10195	23-03-
	45		
4*	Trabajo nocturno (mujeres), 1919	10195	23-03-
	45		
8	Indemnización de desempleo (naufragio), 1920	14033	24-02-
	62		
9	Colocación de la gente de mar, 1920	14033	24-02-
	62		
10*	Edad mínima (agricultura), 1921	13284	15-12-
	59		
11	Derecho de asociación (agricultura), 1921	10195	23-03-
	45		
12	Indemnización por accidentes de trabajo (agricultura), 1921	14033	24-02-
	62		
14	Descanso semanal (industria), 1921	10195	23-03-
	45		
19	Igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925	10195	23-03-
	45		
20*	Trabajo nocturno (panaderías), 1925	14033	24-02-
	62		
22	Enrolamiento de la gente de mar, 1926	14033	24-02-
	62		
23	Repatriación de la gente de mar, 1926	14033	24-02-
	62		
24	Seguro de enfermedad (industria), 1927	10195	23-03-
	45		
25	Seguro de enfermedad (agricultura), 1927	13284	15-12-
	59		

26	Métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928	14033	24-02-
	62		
27	Indicación del peso en los fardos transportados por barco, 1929	14033	24-02-
	62		
29	Trabajo forzoso, 1930	13284	15-12-
	59		
32*	Protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (revisado), 1932	14033	24-02-
	62		
34	Agencias retribuidas de colocación, 1933	14033	24-02-
	62		
35	Seguro de vejez (industria, etc.), 1933	10195	23-03-
	45		
36	Seguro de vejez (agricultura), 1933	13284	15-12-
	59		
37	Seguro de invalidez (industria, etc.), 1933	10195	23-03-
	45		
38	Seguro de invalidez (agricultura), 1933	13284	15-12-
	59		
39	Seguro de muerte (industria, etc.), 1933	10195	23-03-
	45		
40	Seguro de muerte (agricultura), 1933	13284	15-12-
	59		
41*	Trabajo nocturno (mujeres) (revisado), 1934	10195	23-03-
	45		
44	Desempleo, 1934	14033	24-02-
	62		
45*	Trabajos subterráneos (mujeres), 1935	10195	23-03-
	45		
52	Vacaciones pagadas, 1936	13284	15-12-
	59		
53	Certificados de capacidad de los oficiales, 1936	14033	24-02-
	62		
55	Obligaciones del armador en caso de enfermedad o accidente de la gente de mar, 1936	14033	24-02-
	62		
56	Seguro de enfermedad de la gente de mar, 1936	14033	24-02-
	62		
58	Edad mínima (trabajo marítimo) (revisado), 1936	14033	24-02-
	62		
59	Edad mínima (industria) (revisado), 1937	14033	24-02-
	62		
62	Prescripciones de seguridad (edificación), 1937	14033	24-02-
	62		
67	Horas de trabajo y descanso (transporte por carretera), 1939	14033	24-02-
	62		
68	Alimentación y servicio de fonda (tripulación de buques), 1946	14033	24-02-
	62		
69	Certificado de aptitud de los cocineros de buque, 1946	14033	24-02-
	62		
70	Seguridad social de la gente de mar, 1946	14033	24-02-
	62		
71	Pensiones de la gente de mar, 1946	14033	24-02-
	62		
73	Examen médico de la gente de mar, 1946	14033	24-02-
62			
77	Examen médico de los menores (industria), 1946	14033	24-02-
	62		

78	Examen médico de los menores (trabajos no industriales), 1946	14033	24-02-
	62		
79	Trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), 1946	14033	24-02-
	62		
80	Revisión de los artículos finales, 1946	14033	24-02-
	62		
81	Inspección del trabajo, 1947	13284	15-12-
	59		
87	Libertad sindical y protección del derecho de sindicación, 1948	13284	15-12-
	59		
88	Servicio del empleo, 1948	14007	09-02-
	62		
90	Trabajo nocturno de los menores (industria)(revisado),1948	14033	24-02-
	62		
98	Derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949	14712	18-11-
	63		
99	Métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951	13284	15-12-
	59		
100	Igualdad de remuneración, 1951	13284	15-12-
	59		
101	Vacaciones pagadas (agricultura), 1952	13284	15-12-
	59		
102	Seguridad social (norma mínima), 1952	13284	15-12-
	59		
105	Abolición del trabajo forzoso, 1957	13467	19-11-
	60		
106	Descanso semanal (comercio y oficinas), 1957	24822	25-05-
	88		
107*	Poblaciones indígenas y tribuales, 1957	13467	19-11-
	60		
111	Discriminación (empleo y ocupación), 1958	17687	06-06-
	69		
112	Edad mínima (pescadores), 1959	14033	24-02-
	62		
113	Examen médico de los pescadores, 1959	14033	24-02-
	62		
114	Contrato de enrolamiento de los pescadores, 1959	14033	24-02-
	62		
122	Política del empleo, 1964	16588	17-06-
	67		
127	Peso máximo, 1967	29008	26-04-
	07		
138	Edad mínima, 1973	27453	11-05-
	01		
139	Cáncer profesional, 1974	21601	31-08-
	76		
144	Consulta tripartita, 1976	D.S. 035-2004-RE	25-05-
	04		
147	Marina mercante (normas mínimas), 1976	24951	06-12-
	88		
151	Relaciones de trabajo en la administración pública, 1978	17º Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979	12-07-
	79		
152	Seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979	24668	19-05-
	87		

156	Trabajadores con responsabilidades familiares, 1981	24508	28-05-
	86		
159	Readaptación profesional y empleo (para personas inválidas), 1983	24509	28-05-
	86		
169	Pueblos indígenas y tribales, 1989	26253	06-12-
	88		
176	Seguridad y salud en las minas, 1995	29012	30-04-07
178	Inspección de trabajo (gente de mar), 1996	28180	23-02-
	04		
182	Peores formas de trabajo infantil, 1999	27453	11-10-
	01		

- Denunciado

2.3.3. LEY Y OTRAS NORMAS ESTATALES

2.3.3.1. LEY Y REGLAMENTO

Comúnmente los preceptos constitucionales que reconocen derechos requieren de un posterior desarrollo normativo (sobre todo los proclamados con efectividad aplazada, pero incluso aquellos formulados con efectividad inmediata). La forma jurídica estatal idónea para tal regulación es la ley. La intervención directa del reglamento está excluida y será admitida sólo previa ley necesitada de precisiones.

Toda vez que la Constitución establece un derecho, su regulación tiene para el legislador carácter abierto, razón por la cual éste puede moverse libremente entre un mínimo y un máximo, siempre que respete el contenido esencial (como vimos en el punto 2.3.1). En otras palabras, el legislador dispone de una amplia franja de posibilidades de regulación del derecho constitucional, dentro de la cual puede elegir la opción más próxima a sus concepciones jurídicas y sociales.

El reglamento, en cambio, tiene que limitarse a ejecutar los aspectos de detalle que exija la regulación previamente adoptada por la ley.

En la Constitución, la potestad del Congreso de dar, interpretar, modificar o derogar leyes se encuentra en el numeral 1 del artículo 102, y la del Presidente de la República de dictar reglamentos, en el numeral 8 del artículo 118.

El ordenamiento laboral en el Perú ha tenido tradicionalmente, desde el punto de vista formal, como características básicas, de un lado, su plasmación mediante decretos supremos y otros productos de nivel inferior emanados del Poder Ejecutivo, y del otro, su dispersión en multitud de normas, que producían vacíos y contradicciones y dificultaban el acceso de los interesados a la legislación. Estos rasgos han sido significativamente superados a través de la reforma laboral llevada a cabo en los últimos años.

Ahora las normas que regulan los derechos laborales son leyes o tienen el nivel de éstas (decretos legislativos y, excepcionalmente, decretos leyes) y el número de disposiciones es mucho menor que antes. De este modo, la coherencia y el conocimiento del ordenamiento laboral se ha facilitado, aunque no tengamos aún un Código del Trabajo, con ése u otro nombre, como todos los países de nuestra región (salvo Argentina y Uruguay). Lo cierto es que se ha avanzado en esa dirección por tramos, y hoy las relaciones individuales de trabajo están reguladas en una docena de decretos legislativos y las colectivas por un único decreto ley. La dación de la Ley General de Trabajo, que se debate en el Congreso de la República, significaría la culminación de este proceso de consolidación.

Naturalmente, al hablar de ley en este punto, estamos pensando en la ley nacional, pero puede resultar aplicable a un hecho una ley extranjera, cuando sea la pertinente conforme a un tratado o a una ley nacional. Esto es lo que puede ocurrir en el caso de las relaciones laborales internacionales, que abordaremos en el punto 3.1.

2.3.3.2. DECRETO LEGISLATIVO Y DECRETO DE URGENCIA

Los decretos legislativos y los decretos de urgencia son dos tipos normativos que puede utilizar excepcionalmente el Presidente de la República, aprobados con acuerdo del Consejo de Ministros, según el numeral 2 del artículo 125 de la Constitución. Los primeros previa ley autoritativa del Congreso (salvo en la hipótesis prevista en el artículo 80 de la Constitución para la aprobación de la Ley de Presupuesto), y los segundos ante una urgente y extraordinaria necesidad. Aquéllos son normas permanentes y éstos, temporales. Veamos enseguida en qué nivel y subnivel de la jerarquía se encuentran y cuáles son las materias que pueden abordarse por ellos.

La referencia al rango de los decretos legislativos es indirecta en la Constitución. No se establece en el artículo 104, que regula la facultad legislativa delegada, e inexplicablemente ningún inciso del artículo 118, relativo a las atribuciones del Presidente de la República, menciona los decretos legislativos. Pero puede concluirse que tienen nivel primario, tanto de la alusión a que sus efectos son iguales a los de las leyes (artículo 104), como de la vía prevista para su impugnación, que es el proceso de inconstitucionalidad (numeral 4 del artículo 200). En el caso de los decretos de urgencia, la atribución de nivel primario es expresa en la Constitución (numeral 19 del artículo 118). El subnivel de ambas normas es el de la ley misma, a la cual pueden modificar o derogar, en el primer caso, o suspender, en el segundo.

En cuanto a las materias que pueden ser objeto de estas normas, nos interesa determinar si entre ellas se encuentra la laboral. Respecto de los decretos legislativos parece no haber dificultad en considerarla comprendida. La Constitución excluye de la facultad

legislativa delegada únicamente las materias que son a su vez indelegables a la Comisión Permanente (artículo 104), taxativamente enumeradas en el numeral 4 del artículo 101: reforma constitucional, aprobación de tratados, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República. Sólo en la medida en que una cuestión laboral estuviera incurso en uno de estos supuestos, no podría autorizarse al Presidente de la República a regularla por decreto legislativo.

El tema es más complejo en el caso de los decretos de urgencia. La Constitución dispone que caben en materia económica y financiera (numeral 19 del artículo 118) -excepto en la situación de disolución del Congreso, en la que podrían regular cualquier materia (artículo 135)- prohibiendo expresamente que se refieran a tributación (artículo 74). Debemos preguntarnos entonces si la regulación de los derechos laborales es -siempre, a veces o nunca- materia económica y financiera.

Pensamos que el marco en el que debe plantearse la pregunta, es el del ejercicio de una potestad excepcional conferida por la Constitución al Presidente de la República. De este modo, la lectura de las materias sobre las que puede recaer el desempeño de tal potestad debe ser estricta. En esta perspectiva, pese a que los conceptos empleados por la Constitución -materia económica y financiera- tienen alcances amplios, deben restringirse a lo indispensable. Así lo entendió nuestra doctrina, que en vía de interpretación de la Constitución de 1979, limitó la existencia de los decretos de urgencia al campo del endeudamiento, la tributación y el presupuesto; y, coincidentemente, la Ley 25397, de Control Parlamentario sobre los Actos Normativos del Presidente de la República, cuyo artículo 4, guardaba plena coincidencia con lo anterior.

El espacio en el que pueden desenvolverse, pues, los decretos de urgencia afectando derechos laborales es el del presupuesto. Por consiguiente, la situación de los trabajadores cuyos derechos no pasan por las normas sobre presupuesto, como es el caso de los que prestan servicios para un empleador particular sujetos al régimen laboral de la actividad privada, no puede regularse por decreto de urgencia; aunque sí, la de los empleados públicos, quienes laboran para el Estado sometidos a ese régimen especial (conviene recordar lo expuesto en el punto 1.6, sobre la diversidad de regímenes laborales). Es claro que, en todo caso, los únicos derechos que pueden afectarse son los de contenido netamente económico.

La figura incierta es la del sector intermedio, de trabajadores cuyo empleador es el Estado, pero que están sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Aquí tenemos que atenernos a si las remuneraciones y otros beneficios se pagan con recursos propios de la entidad o son proporcionados por el Estado. En el primer caso, no comprometen al presupuesto y en el segundo sí.

De cualquier manera, la secuencia de utilización correcta de un decreto de urgencia en materia laboral tendría que ser la siguiente: la Ley de Presupuesto u otra conexas regula los derechos económicos de los trabajadores del Estado; una emergencia económica impide la ejecución de dicha ley como estaba prevista; entonces el Presidente de la República dicta un decreto de urgencia suspendiendo algún precepto de la ley y sustituyendo temporalmente su regulación por la de aquél.

Como puede verse, en ningún supuesto queda admitida la intervención de los decretos de urgencia, si los derechos laborales que van a afectarse no nacieron de las normas sobre presupuesto sino de convenios colectivos. La razón no es el rango, porque el de los decretos de urgencia es mayor que el de los convenios colectivos, sino que éstos son el producto de la negociación colectiva, que es un derecho reconocido por la Constitución (volveremos sobre esto en el punto 2.3.4). Asimismo, ello no es válido, porque de suscitarse, entonces ya no estamos ante la afectación de las normas sobre presupuesto ni, por tanto, frente a una materia económica y financiera. La inconstitucionalidad de esta hipótesis es, pues, por ambos lados, flagrante.

2.3.4. CONVENIO COLECTIVO

El convenio colectivo es la fuente por excelencia del Derecho del Trabajo. Por eso en este punto vamos a detenernos en estudiarlo como tal. Sin embargo, dado que el convenio colectivo es el producto de una negociación colectiva, llevada a cabo por unos sujetos laborales colectivos, tendremos que hacer también referencias al procedimiento y al productor, en tanto resulten necesarias para cumplir nuestro objetivo. Los temas de los que vamos a ocuparnos -y el orden- son los siguientes: los diversos tipos de productos, su naturaleza jurídica, su nivel y subnivel, su eficacia personal, su ámbito de aplicación, su contenido, su vigencia en el tiempo, su interpretación y los medios de control de su validez.

La negociación colectiva puede arribar a un acuerdo entre las partes, producido entre ellas mismas (negociación directa) o requerir el auxilio de una persona o entidad, que o bien intente aproximar las posiciones en discordia (intervención de tercero no dirimente: conciliación y mediación), o bien resuelva el conflicto en sustitución de ellas (intervención de tercero dirimente: arbitraje). Sólo en este último caso, el producto será un laudo arbitral, mientras en todos los anteriores será un convenio colectivo. Nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, dispone en su artículo 70, que cualquiera sea el producto, tiene la misma naturaleza y surte los mismos efectos. Pero también puede suceder que excepcionalmente la negociación colectiva no conduzca a ningún resultado, hipótesis en la cual careceríamos de un producto.

El convenio colectivo -según una tesis tradicional en la doctrina, objeto de múltiples cuestionamientos, pero finalmente de extendida aceptación- tiene naturaleza dual: una parte normativa y otra obligacional. Es posible identificar una tercera, llamada por nuestro ordenamiento delimitadora (artículo 29 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). La primera parte establece derechos y obligaciones para los trabajadores comprendidos, cuya titularidad es individual; la segunda, lo hace para los propios sujetos pactantes, generando derechos y obligaciones de titularidad colectiva; y la tercera, determina las reglas para la aplicación del convenio colectivo mismo. Son así cláusulas normativas las que se refieren a las remuneraciones, bonificaciones, jornadas, horarios, descansos, beneficios sociales, etc.; obligacionales, las que otorgan facilidades al sindicato para el desarrollo de sus actividades, como la concesión de un local, o establecen comisiones para la administración del convenio colectivo; y delimitadoras, las que disponen para quiénes rige, en qué ámbito, desde cuándo y hasta cuándo. Por excepción, se considera también como normativas las cláusulas que regulan la articulación de negociaciones colectivas o la concurrencia de convenios colectivos de diversos niveles. Sobre la parte normativa, que constituye desde luego una fuente del derecho, es que vamos a formular el análisis de los puntos siguientes.

Esta naturaleza dual está proclamada en nuestro ordenamiento a través de la atribución de fuerza vinculante a los convenios colectivos, primero por el artículo 42 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (complementado por el artículo 28 del Reglamento) y luego por el numeral 2 del artículo 28 de la Constitución. La fórmula fue tomada del numeral 1 del artículo 37 de la Constitución española. Nuestra legislación establece que el convenio colectivo obliga a las partes que lo adoptaron (cláusulas obligacionales) y a las personas en cuyo nombre se celebró, les sea aplicable o se incorporen con posterioridad (cláusulas normativas).

La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo añade explícitamente dos rasgos fundamentales derivados de la naturaleza normativa del convenio colectivo: que modifica automáticamente las relaciones individuales de trabajo, sin necesidad de que éstas se acojan a aquél, y que constituye derecho necesario relativo para los contratos de trabajo, impedidos de establecer beneficios menores [inciso a) del artículo 43].

Los convenios colectivos, así como los productos sustitutorios, se registran en las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo correspondientes, lo que les confiere publicidad. Los de rama de actividad o gremio, sin embargo, deben publicarse en el diario oficial y en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, por disposición de la Resolución Ministerial 290-2006-TR, modificada por la Resolución Ministerial 314-2006-TR.

En cuanto a su rango, los convenios colectivos tuvieron nivel primario en el marco de la Constitución de 1979. A esta conclusión arribó nuestra doctrina, en vía de interpretación sistemática de la expresión

“fuerza de ley para las partes”, empleada por la Constitución anterior otras dos veces con ese sentido: decretos legislativos y reglamentos del Congreso y de las Cámaras. No podía dejar de admitirse, sin embargo, la supremacía de la ley, ubicada en un subnivel superior, a la cual le corresponde regular -sin desnaturalizar- la autonomía privada.

Ahora la Constitución vigente no atribuye un nivel al convenio colectivo. La expresión *“fuerza vinculante”*, con la que se sustituye a la anterior (*“fuerza de ley para las partes”*), alude como vimos a la naturaleza dual del convenio colectivo, pero no conlleva referencia alguna a su rango. Tampoco la ley cumple ese papel. Por tanto, los convenios colectivos en cuestión de jerarquía han quedado flotando en el sistema de fuentes del derecho. Una ley en el futuro deberá otorgarles un nivel, que ya no podrá ser el primario, por cuanto éste sólo puede concederlo la propia Constitución y una norma no puede conferir a otra su mismo rango. En tanto este vacío se llene, si nos atenemos al esquema doctrinario, debe asignárseles el nivel terciario, correspondiente a las normas emanadas de la autonomía privada, pero por cierto en el primer subnivel.

No nos parece que el descenso del convenio colectivo en la jerarquía tenga efectos sobre la posibilidad de intervención del Estado en la autonomía colectiva. Conforme al ordenamiento anterior, como ya dijimos, los convenios colectivos tenían nivel primario. Nuestra jurisprudencia sostuvo que no era admisible, por tanto, su afectación por normas del Estado (leyes o decretos de urgencia), que tenían el mismo rango. Pensamos que ese argumento no era apropiado para lograr ese propósito, porque el subnivel de las normas estatales era superior y, en todo caso, por ser posteriores podrían modificar a la anterior. En igual sentido, no creemos que con la rebaja de nivel operada en el ordenamiento actual, se permita tal afectación. En nuestro concepto, no se trata de una cuestión de rango de las normas en juego, sino de respeto del derecho de negociación colectiva, protegido por la Constitución (numeral 2 del artículo 28) y por el Convenio Internacional del Trabajo 98 (artículo 4). Es claro que para las normas de la Organización Internacional del Trabajo, los convenios colectivos no tienen ubicación expresa en un nivel del sistema de fuentes del derecho y, sin embargo, la jurisprudencia de sus órganos de control proscribió las restricciones del Estado a la autonomía colectiva. Más adelante, a propósito del contenido negocial, volveremos sobre esto.

Cuestión distinta es la de si todos los convenios colectivos poseen el mismo subnivel o no. Este asunto se plantea porque si bien todos tienen su origen en la Constitución, sólo el que se produce conforme a las pautas establecidas en la ley de desarrollo, cuenta con una regulación especial, que lo dota de mayores garantías. Se trata de determinar si esta situación pueda tener efectos sobre el subnivel del convenio colectivo, confiriéndole uno menor al del primer tipo, que llamaremos convenio colectivo extraordinario, que al del segundo, considerado como ordinario.

Pensamos que todos los convenios colectivos, los ordinarios y los extraordinarios tienen las características que surgen de la Constitución misma, como por ejemplo, la fuerza vinculante, pero no necesariamente las que derivan de la ley. De este modo, los criterios de determinación de la eficacia personal general del convenio colectivo ordinario -que veremos en el párrafo siguiente- no se extienden al extraordinario. Lo mismo podría suceder con el subnivel, si éste estuviera regulado por la ley, que podría ser más alto para el primero que para el segundo. Pero como nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo no se ocupa de esta cuestión, no hay razón para atribuirles rangos diversos.

Respecto de la eficacia personal, esto es, los trabajadores del ámbito respectivo a quienes se aplica, el convenio colectivo puede tenerla general, si rige para todos, los afiliados o no a la organización sindical que lo suscribe, o limitada, si rige sólo para los afiliados a dicha organización sindical. Para que un convenio colectivo tenga eficacia personal general se requiere que la organización sindical pactante posea legitimidad negocial, que es la aptitud específica para celebrar convenios colectivos de ese alcance y se adquiere en nuestro ordenamiento cuando se afilia a la mayoría absoluta de trabajadores del ámbito en el que se desarrolla la negociación y al cual se aplicará el convenio (artículos 9 y 46 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículo 4 de su Reglamento). Como toda organización sindical tiene capacidad negocial, entendida como la aptitud genérica para celebrar convenios colectivos, si aquélla es minoritaria puede celebrarlos sólo con eficacia personal limitada.

Todo esto resulta de que dentro de un ámbito determinado (en nuestro ordenamiento: la categoría, el establecimiento, la empresa, el gremio y la rama de actividad), puede haber una o varias organizaciones sindicales y ser éstas mayoritarias o minoritarias, atendiendo a la cantidad de afiliados en relación al número de trabajadores del respectivo ámbito.

Si, por ejemplo, en una empresa con 100 trabajadores, hubiera una organización sindical que afiliara a 60, ésta podría suscribir un convenio colectivo aplicable a los 100, aun cuando hubiera otras organizaciones sindicales minoritarias; pero si fuera única y afiliara a 40, lo haría sólo para sus afiliados.

A propósito de los ámbitos de la negociación y del convenio, puede haber uno único, como sucede en nuestro país y es casi siempre el de empresa (o unidades menores, como la categoría o el establecimiento), o dos a la vez, que son comúnmente (como admite nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, en su artículo 45, y ocurre en el derecho comparado), la empresa y la rama de actividad. De este modo, habrá varias negociaciones colectivas en la rama de actividad, una a nivel de ésta y otras a nivel de cada empresa que la integra, y dos convenios colectivos aplicables para los trabajadores de una empresa, el específico de su empresa y el genérico de la rama de actividad.

En estos casos, puede suceder que las negociaciones colectivas estén vinculadas o desvinculadas. En el primer supuesto, se han repartido materias o funciones que corresponde abordar o cumplir a cada una, de modo que no pueden surgir concurrencias conflictivas entre los convenios colectivos resultantes. Por ejemplo, el convenio de rama de actividad regula los beneficios laborales y los de empresa los económicos, o el primero establece el beneficio y los últimos fijan su fecha y monto de percepción. En el segundo supuesto, cada negociación colectiva es competente para tratar todos los asuntos. En los hechos puede suceder o no que haya regulación de la misma materia por el convenio colectivo de rama de actividad y el de empresa. Si esto no ocurre, estaremos en una situación similar a la anterior. Si ocurre, en cambio, puede suscitarse una concurrencia conflictiva o no conflictiva, porque no necesariamente la abordarán de modo incompatible. Sólo si hubiera conflicto tendríamos que acudir a los criterios de selección del convenio colectivo aplicable. A estos efectos nos remitimos al punto 4.2.4.3.

Conforme a nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo el supuesto mismo de negociación colectiva a doble nivel a la vez, es muy difícil de llevarse a cabo, porque hay muchas trabas para la negociación colectiva a nivel de rama de actividad. Más allá de ello, la regulación de esta cuestión es deficiente en la ley, puesto que, de un lado, ordena la articulación entre ambas negociaciones colectivas (decisión que según la Organización Internacional del Trabajo es recomendable, pero compete tomarla a la autonomía colectiva), confiriéndole a la de nivel de rama de actividad la prerrogativa de organizarla, y del otro, prevé la hipótesis de conflicto, que está descartada entre convenios colectivos coordinados, como los que surgen de una negociación colectiva articulada.

Sobre el contenido de la negociación colectiva, que luego formará parte del convenio colectivo, éste puede versar sobre cualquier materia que interese a las partes o a sus relaciones, del modo más amplio posible. Como ya vimos, los derechos y obligaciones de los trabajadores comprendidos integran la parte normativa, los de los propios sujetos pactantes, la parte obligacional, y las reglas sobre la vigencia del convenio colectivo, su parte delimitadora.

Dado que la autonomía colectiva está sujeta a la legalidad, ésta puede encauzar la regulación de algunas materias por aquélla. Retomamos la idea que hemos expuesto en el punto 2.1, de que la norma estatal puede configurarse frente a la autonomía colectiva como derecho dispositivo, derecho necesario relativo, máximo de derecho necesario o derecho necesario absoluto, según le deje o no un margen y cuál sea el grado de éste. Pero, como la autonomía colectiva está garantizada por la Constitución, la ley no puede establecer restricciones que la desnaturalicen. Entonces veamos cuáles limitaciones son válidas y cuáles no.

Nos parece que las exclusiones a la autonomía colectiva dispuestas por ley, pueden clasificarse en parciales -de mínimos o de

máximos- y totales. La exclusión parcial permite un margen de desenvolvimiento a la autonomía colectiva, aunque orientado en una única dirección: la de mínimos, admite convenios colectivos de mejora de los pisos establecidos legalmente (derecho necesario relativo), y la de máximos, los admite siempre que no excedan de un techo impuesto legalmente (máximo de derecho necesario). La exclusión total veda la presencia de la autonomía colectiva, en cualquier dirección (derecho necesario absoluto). Mientras la primera encuentra su fundamento en la desventaja material del trabajador frente al empleador y es un instrumento de compensación jurídica de aquélla -y, por tanto, guarda estrecha coherencia con la lógica protectora del Derecho del Trabajo-, las últimas tutelan otros intereses públicos o sociales, con los que la autonomía colectiva pudiera eventualmente entrar en conflicto. Tienen, pues, un carácter excepcional.

En la experiencia nacional y comparada, las exclusiones parciales de máximos y las totales, se han producido en el marco de la ejecución de programas de estabilización dirigidos a frenar los efectos inflacionarios de una crisis económica. Aquí podrían entrar en colisión valores diversos, todos constitucionalmente consagrados: la calidad de vida de la población, de un lado, y la autonomía colectiva, del otro. No podría, por tanto, uno de ellos imponerse absolutamente sobre el otro.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, en su importante jurisprudencia sobre esta cuestión, aceptan las restricciones pero sujetas a severas condiciones. Los criterios centrales son los siguientes: 1) No cabe la imposición por el Estado de restricciones a los convenios colectivos ya celebrados, los que deben ejecutarse conforme a sus términos, salvo acuerdo de las partes en sentido diferente; 2) En lo que se refiere a las futuras negociaciones colectivas, medidas de esta naturaleza no deben resultar de la imposición por el Estado sino de la concertación entre las partes y aquél; y 3) Las medidas restrictivas deben ser excepcionales, limitadas a lo necesario, no exceder de un período razonable e ir acompañadas de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores.

Estas, por cierto, no son las características que han acompañado la intervención estatal sobre la autonomía colectiva en la práctica peruana. Por ello han merecido la condena de los mencionados órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

Para concluir este tema, debemos señalar que aunque la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo concede igual naturaleza y efectos al convenio colectivo y al laudo arbitral -como ya vimos-, sin embargo impide a este último regular una materia que puede abordarse por el primero: el nivel negocial (artículo 45). La exclusión nos parece injustificada. Afortunadamente, se ha suprimido la prohibición de abordar la licencia sindical (artículo 32, modificado por la Ley 27912).

En lo que se refiere a la vigencia en el tiempo del convenio colectivo, nos remitimos al punto 3.2 en el que se trata integralmente esta cuestión. Allí se abordará tres aspectos: la duración del convenio colectivo, la de los beneficios establecidos en él y la aplicación retroactiva del convenio colectivo.

Lo mismo hacemos con el tema de la interpretación, que corresponde al punto 4.2.2.1. En éste veremos si los criterios deben ser únicos para todo el convenio colectivo o diferenciados para su parte normativa y obligacional, y -en todo caso- cuáles pueden ser aquéllos.

Finalmente, nos resta tratar acerca del control de validez del convenio colectivo. Nuestro ordenamiento laboral tuvo antes de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, un sistema de control previo y administrativo de la validez del convenio colectivo. Aun cuando la negociación colectiva se resolviera de modo directo o con intervención no dirimente de tercero, el convenio colectivo debía enviarse a la Autoridad de Trabajo para su aprobación, antes de que surtiera efectos. El mecanismo vulneraba abiertamente la autonomía colectiva, investida de la potestad normativa por la Constitución y, por tanto, exonerada de cualquier supervisión administrativa.

Ahora el control de validez es posterior y jurisdiccional, como corresponde, pero no existe prácticamente regulación sobre él. La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo no establece cuándo un convenio colectivo transgrede la legalidad, ni quiénes, ante qué instancias y con qué procedimientos podrían demandar su invalidez. Hay sólo algunas causales dispersas en el texto, como la mala fe de los representantes de las partes (artículo 49) o la celebración derivada del uso de las modalidades de huelga consideradas irregulares por la ley o de violencia sobre personas o bienes (artículo 69). La Ley Procesal del Trabajo, ha desperdiciado la oportunidad de salvar esta omisión.

La invalidez del laudo arbitral sí tiene alguna regulación. Está previsto que su impugnación procede ante la Sala Laboral de la Corte Superior, por razón de nulidad o establecer menores derechos a los de la ley (supuesto que bien podría subsumirse en el anterior), además de las causales reguladas en la Ley General de Arbitraje, de aplicación supletoria.

Nos parece que debería haber un procedimiento único y específico para obtener la declaración de invalidez del convenio colectivo y del laudo arbitral, desencadenado a iniciativa de los sujetos laborales colectivos o la Autoridad de Trabajo, expeditivo en su tramitación. La consecuencia de que no exista en el caso de los convenios colectivos, es la de obligar a la utilización supletoria del proceso de conocimiento en vía civil, que por todos los lados resulta absurda.

En tanto se establezca tal proceso, sólo cabe respecto del convenio colectivo, solicitar su inaplicación ante un juez en cualquier proceso, cuando haya incompatibilidad entre aquél y la Constitución o la ley. Si se trata de un proceso laboral común, la base normativa es el artículo 138 de la Constitución y si es un proceso de amparo, además, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

2.3.5. REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO

Un factor estructural en la relación laboral es el reconocimiento al empleador de un poder de dirección, que le permita organizar la producción y el trabajo. En ejercicio de este poder, el empleador puede impartir órdenes a los trabajadores a su cargo (con las limitaciones que vimos en el punto 1.3.2), ya sea de modo singular, a cada trabajador, ya sea de modo general, estableciendo reglas de cumplimiento obligatorio en la empresa o parte de ella. En este último caso, los mandatos constituyen propiamente normas, mientras en el primero no.

Pues bien, el cuerpo que aglutina las principales reglas dictadas por el empleador, es justamente el reglamento interno de trabajo. Su producción es potestad unilateral del empleador. Nada impide que, sin embargo, éste acuerde con la organización sindical, expedir todas o algunas de dichas reglas por convenio colectivo.

Dado su origen en la autonomía privada, el reglamento interno de trabajo tiene nivel terciario en la jerarquía. Su subnivel es inferior al del convenio colectivo, cuya configuración es bilateral. Así está previsto en nuestro ordenamiento al señalarse -en el artículo 5 del Decreto Supremo 39-91-TR-, que puede accionarse judicialmente contra el reglamento interno de trabajo que viole disposiciones legales o convencionales. Ello conlleva que indispensablemente éstas tengan un rango mayor que aquél.

La existencia del reglamento interno de trabajo no es obligatoria en nuestro ordenamiento, aunque su cumplimiento -cuando exista- sí. El mencionado Decreto Supremo 39-91-TR exige contar con él sólo a los empleadores que empleen más de cien trabajadores, esto es, a una reducida porción de empresas en nuestro país. Por cierto, las empresas que no están obligadas pueden optar voluntariamente por tenerlo. La legislación sobre estabilidad laboral [inciso a) del artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral], considera falta grave la inobservancia de las disposiciones del reglamento interno de trabajo.

El reglamento interno de trabajo requiere tener aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo para adquirir naturaleza normativa y surtir efectos como tal. Esta exigencia no es extraña en el caso de reglas dictadas unilateralmente por un sujeto individual, que van a recaer sobre terceros. Algo similar sucede en el Derecho Civil con las cláusulas generales de contratación (artículo 1393 del Código Civil). La aprobación se concede en forma automática a la presentación de la

solicitud, conforme al artículo 4 del Decreto Supremo 39-91-TR. El control de validez tendrá que ser, pues, posterior y jurisdiccional. La vía la determina la Ley Procesal del Trabajo en el inciso g) del numeral 2 del artículo 4: a través de una demanda ante el juez de trabajo.

Por último, cabe hacer referencia al contenido del reglamento interno de trabajo. El Decreto Supremo 39-91-TR menciona algunas materias, como la admisión de los trabajadores, las jornadas, horarios, control de asistencia y de permanencia, medidas disciplinarias, etc. (artículo 2). Pero, como es evidente, no le confiere a esta norma una competencia exclusiva para regularlas. Por tanto, probablemente al ocuparse de muchos de esos puntos el reglamento interno de trabajo concurre con otras normas de rango superior, como la ley y especialmente el convenio colectivo, que suele tener en nuestro medio el mismo ámbito de aplicación (la empresa). La consecuencia es que el reglamento interno de trabajo sólo puede ocuparse de aquello que las otras normas no han regulado o hacerlo en vía de precisión o de mejora.

2.3.6. COSTUMBRE

La costumbre es una práctica reiterada que genera en la comunidad en la que se da, la convicción de que produce derechos y obligaciones para sus miembros. Se constituye, pues, de la combinación de un elemento objetivo: la repetición generalizada y continuada de una conducta determinada, y otro subjetivo: la creencia de que surgen de ella reglas obligatorias.

En nuestro medio, la jurisprudencia ha exigido la repetición de un comportamiento a lo largo de dos años para la formación de una costumbre. Este requisito, establecido originalmente a propósito de las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, ha sido luego extendido a otros beneficios. En efecto, antes de que se dictara la Ley 25139, el otorgamiento de gratificaciones se volvía obligatorio -según nuestros organismos jurisdiccionales- si se había pactado en un convenio colectivo (o en un contrato de trabajo), o si se había concedido en dos oportunidades consecutivas por el empleador, o sea, durante dos años seguidos. Esta última exigencia, sin embargo, se empleó también respecto de beneficios de periodicidad mensual. Así, por ejemplo, ciertas bonificaciones o asignaciones adquirirían percepción obligatoria, cuando habían sido pagadas de modo fijo (en su monto) y permanente (en el tiempo), lo que se lograba al cabo de dos años. Nos parece errada la aplicación del mismo requisito para supuestos tan diversos, como aquéllos que tienen cumplimiento anual y aquéllos que lo tienen mensual.

La costumbre surge en ámbitos distintos, como la empresa, o unidades menores (una categoría, un establecimiento) o mayores que ella (la rama de actividad, una localidad). Más allá del ámbito en el que rija, para que la costumbre sea propiamente tal debe tener efectos abstractos y generales. Si el hecho que se repite, sucede sólo entre el empleador y un

trabajador o algunos, encontrándose éstos determinados, no estamos ante una norma y, por tanto, no hay costumbre. La eventual obligatoriedad que pudiera derivar en ese caso de la conducta reiterada, constituiría más bien lo que la doctrina denomina la consolidación de beneficios por el transcurso del tiempo, que es una vía de adquisición de derechos. A ella nos vamos a referir en el punto 4.2.4.4, a propósito del principio de condición más beneficiosa.

A diferencia de todas las demás normas expuestas en el punto 2.3, que se originan en actos, la costumbre nace de un hecho. De esto deriva que su existencia no basta con invocarse, como sucede con los productos normativos generados de actos, sino que debe probarse en un proceso por quien la alegue.

El hecho en que consiste la costumbre suele formarse a través de una cadena de actos. Así por ejemplo, si el empleador otorga por decisión unilateral en marzo de un año una asignación por escolaridad y luego repite la entrega el año siguiente, la sucesión de cada uno de esos actos asilados produce un hecho, que es la costumbre, que lo obligará a hacerlo nuevamente en el tercer año.

El nivel que le corresponde a la costumbre es el terciario. Aunque no emana de la autonomía privada, que se exterioriza a través de productos normativos o no, surgidos de actos, por extensión tiene que incluirse allí, porque su origen está en los sujetos particulares. Un sector de la doctrina considera, sin embargo, que la costumbre llamada por otra norma, adquiere el rango de ésta. De modo que si fuera invocada por la ley pasaría a tener nivel primario. No vemos la razón por la que la remisión de una norma a otra debe transmitir el rango de la primera a la segunda. Esta tesis, por tanto, no nos parece convincente. La determinación de su subnivel respecto del reglamento interno de trabajo puede discutirse, por cuanto hay argumentos para colocarla encima (su surgimiento no de un acto unilateral del empleador sino de una comunidad, a la cual éste además pertenece), o debajo (su carácter no escrito que la priva de la certeza del reglamento interno de trabajo, que cuenta con aprobación administrativa). Nos inclinamos por esta última posición, por el carácter marginal que ocupa la costumbre en los sistemas jurídicos predominantemente escritos, como el nuestro. La costumbre, pues, puede desenvolverse en el espacio cada vez más estrecho que las otras normas -especialmente las referidas a su mismo ámbito- le dejen.

Atendiendo a las relaciones entre la costumbre y el resto del ordenamiento, la doctrina ha formulado la siguiente clasificación: costumbres al margen de las demás normas, en desarrollo o en contra de ellas.

La costumbre al margen de las otras normas se da cuando un hecho está exclusivamente regulado por aquélla. No estamos en un supuesto de laguna, respecto del cual la costumbre vaya a cumplir una función integradora (vamos a desarrollar este tema en el punto 4.2.2),

porque aquél se produce ante la ausencia de normas y la costumbre es una de ellas. Aquí más bien tenemos una relación de supletoriedad (de la que nos ocuparemos en el punto 4.2.4.1). Este tipo de costumbre dejará de ser tal cuando el hecho se regule por otra norma, situación en la cual se convertirá en una de las dos siguientes.

Las costumbres en desarrollo y en contra de las demás normas suponen hipótesis de concurrencia normativa, es decir, de regulación simultánea del hecho por dos o más normas. La diferencia entre ellas estriba en que en el primer caso la concurrencia no es conflictiva y en el segundo sí. Mientras la costumbre en desarrollo de las normas puede introducir precisiones o mejoras a la regulación de éstas, en un vínculo de complementariedad o suplementariedad, respectivamente (como veremos en el punto 4.2.5); la costumbre en contra de las normas, contiene una regulación incompatible con la de éstas, generándose entre ellas una relación de conflicto (para la que nos remitimos al punto 4.2.4.3).

Respecto de esta última, cabe añadir que una norma sólo se deroga o modifica por otra de su mismo origen y ámbito (tema desarrollado en el punto 4.2.4.4), que tenga además suficiente rango, razón por la cual la costumbre no puede eliminar a ninguna otra norma. Cualquier práctica que se forme, por tanto, en contravención de una norma será inválida. Cuestión distinta es la de una costumbre que se oponga a una norma caída en desuso porque su regulación se ha convertido en inaplicable. En este caso, para algunos autores estaríamos más bien ante una costumbre al margen de otras normas y, por consiguiente, admitida. Aquí la costumbre no elimina la norma sino que esta misma se paraliza.

2.3.7. SENTENCIA

La sentencia común, que pone fin a la instancia o al proceso, declarando el derecho de las partes intervinientes en éste, tiene efectos sólo sobre ellas (artículo 121 del Código Procesal Civil), por lo que no constituye un producto normativo. Pero sí forma un precedente indicativo a seguirse en futuros casos semejantes al ya resuelto.

Sin embargo, si la respuesta dada a un caso por los organismos jurisdiccionales se repite en los siguientes del mismo tipo, entonces se forma lo que propiamente se conoce como una jurisprudencia. Para que ésta se constituya, la doctrina considera que debe tratarse de pronunciamientos del órgano máximo y ser reiterados (dos o más) y uniformes (la misma solución al mismo problema). Aquí sí tendremos un precedente inicialmente vinculante, que los organismos jurisdiccionales deberán respetar, en salvaguarda de los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, pilares fundamentales de todo Estado de derecho. No obstante, las futuras resoluciones podrían apartarse del precedente por razones objetivas y no subjetivas. Si lo hicieran sin fundamento apropiado, el afectado tendría derecho a interponer un recurso de

casación por unificación jurisprudencial, regulado en materia laboral por la Ley Procesal del Trabajo [inciso b) del artículo 54 y d) del artículo 56]. La doctrina considera que esta cadena de actos, compuesta por las sentencias, que es obligatoria por su reiteración, configura un hecho normativo.

Distinta en la situación de las llamadas sentencias normativas. En éstas, un único pronunciamiento -y no una serie de ellos, como en la jurisprudencia- configura un precedente vinculante, cuando en él se interprete la norma aplicable de modo general. En esta hipótesis, la interpretación dada a la norma en el primer caso, será obligatoria para los siguientes casos en los que esa misma norma esté involucrada. Pese a todo, cabe también desplazar el precedente del mismo modo que en el supuesto anterior y con los mismos efectos, de hacerlo indebidamente.

En nuestro ordenamiento hay varios supuestos de sentencias normativas. La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 22, establece la obligatoriedad del precedente generado por las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Suprema. En el mismo sentido, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, prevé que las resoluciones expedidas en esta materia sentarán precedente obligatorio, cuando de ellas se pueda desprender principios de alcance general. Ambos tipos de ejecutorias deben publicarse en el diario oficial. Nos parece claro que estamos ante productos normativos, en tanto surten efectos no sólo para las partes de los procesos en que se expidió esas resoluciones, sino también para terceros ajenos, que en el futuro participen en procesos en los que deban emplearse los mismos criterios.

Un supuesto aun más radical que los anteriores -en los que a propósito de un caso se dictaba una sentencia aplicable a él y, en vía de precedente, a otros futuros- es el de los acuerdos adoptados en plenos jurisdiccionales. Hay dos situaciones distintas. En la primera, regulada por el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los integrantes de las Salas Especializadas se reúnen para concordar las soluciones diversas que se han venido dando a casos similares ya resueltos. Sus directivas serán aplicables sólo a los posteriores casos. El precepto no determina explícitamente cuál es la forma jurídica que adoptan los acuerdos ni cuáles son sus efectos y omite la exigencia de publicación. Pero parece no quedar duda de que estamos ante directivas obligatorias. La segunda, prevista en el artículo 400 del Código Procesal Civil, en el marco del recurso de casación, opera cuando se vaya a resolver un caso relevante o de un tipo que ya ha sido resuelto antes, para evitar las contradicciones jurisprudenciales. En este caso, se adopta una decisión respecto de la interpretación o aplicación de una norma, que constituye doctrina jurisprudencial vinculante para los organismos jurisdiccionales, hasta que sea modificada por otro pleno. Las resoluciones se publican en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. En los dos supuestos nos encontramos ante atribuciones de producción normativa reconocidas al Poder Judicial.

Por último, son productos normativos las sentencias anulatorias de normas expedidas por los organismos jurisdiccionales a los que el ordenamiento les ha conferido la potestad de controlar la validez de aquéllas. Como ya vimos en el punto 2.1, dichos organismos son en nuestro medio, el Tribunal Constitucional que puede eliminar leyes u otras normas de su nivel por infracción de la Constitución (numeral 4 del artículo 200 de la Constitución y artículo 81 del Código Procesal Constitucional), y el Poder Judicial, que puede hacerlo con reglamentos y demás normas de su nivel que vulneren la Constitución o la ley (numeral 5 del artículo 200 de la Constitución y artículo 81 del Código Procesal Constitucional). En este caso, el rango de estos actos de extinción es el mismo que el de la norma eliminada, es decir, primario o secundario, respectivamente.

2.3.8. CONTRATO DE TRABAJO

Todos los contratos son acuerdos de dos o más partes, mediante los que se crea, regula, modifica o extingue relaciones jurídicas patrimoniales. Así lo establece nuestro Código Civil en su artículo 1351. De este modo, tienen una eficacia constitutiva, pero también reguladora. La primera la hemos tratado en el punto 1.4, y la segunda corresponde hacerlo ahora.

El contrato de trabajo establece, pues, sin duda, derechos y obligaciones para los sujetos laborales individuales. Sólo que esta regulación, de un lado, no es normativa, y del otro, comúnmente no es muy importante. De ambos rasgos vamos a ocuparnos enseguida.

El contrato de trabajo no es un producto normativo, porque -como vimos en el punto 2.1- sus efectos alcanzan únicamente a las partes que lo celebran. Por tanto, es un acto regulador que no produce normas, sino sólo obligaciones. Estas cualidades también las resalta nuestro Código Civil en sus artículos 1363 y 1402.

Como al regular el contenido de la relación laboral individual, el contrato de trabajo concurre con todos los productos normativos antes estudiados, el espacio que le queda es limitado: puede ocuparse de lo no previsto por las normas, o de lo previsto dispositivamente por ellas (en este caso, en cualquier sentido) o de lo previsto con imperatividad relativa (pero entonces, sólo en sentido de mejora sobre el piso).

No obstante lo expuesto, dada la diversificación de expectativas que generan en los trabajadores las nuevas formas de organización de la producción y del trabajo, derivadas de las innovaciones tecnológicas, la eficacia reguladora del contrato de trabajo empieza a ganar un mayor terreno. La doctrina europea denomina a este fenómeno la individualización de las relaciones laborales.

